

PRODUKSJONSSAMARBEID OG KONKURRANSELOVEN § 10



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 680
Leveringsfrist: 25.04.2011

Til sammen 15647 ord

24.04.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Rettskildene	3
1.3	Den videre fremstillingen	5
1.4	Introduksjon til § 10	6
1.4.1	Oversikt	6
1.4.2	Konkurransebegrensningskriteriet	9
<u>2</u>	<u>FORBUDSBESTEMMELSEN</u>	<u>11</u>
2.1	Innledning	11
2.2	Analysemetode	12
2.3	Iboende begrensninger	24
2.3.1	Nærmere presentasjon av samarbeidsformer	24
2.3.2	Begrenset konkurranse i produksjonen	27
2.3.3	Felles kostnader og annen gjensidig kunnskap påvirker tilpasningen i markedet	30
2.3.4	Informasjonsutveksling	32
2.3.5	Spillover-effekt	38
2.4	Ancillary restraints	41
<u>3</u>	<u>UNNTAK</u>	<u>46</u>
3.1	Innledning	46
3.2	Merkbarhetskravet	47

3.3	Gruppefritak for spesialiseringsavtaler	50
3.4	Tredje ledd	55
<u>4</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>57</u>
<u>5</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>59</u>
<u>6</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne fremstillingen er reguleringen av produksjonssamarbeid i konkurranseforhold i forhold til forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven¹ § 10.

Horisontalt produksjonssamarbeid inngås mellom parter på samme nivå i omsetningskjeden og er i alminnelighet et samarbeid mellom faktiske eller potensielle konkurrenter. Slike samarbeid kan føre til samfunnsøkonomiske fordeler. Ved horisontalt samarbeid vil man blant annet kunne dele risikoen mellom samarbeidspartnerne, øke investeringer, ha høyere kostnadsbesparelser, felles utnyttelse av knowhow, utvide produksjonen og øke produktenes kvalitet.²

Men horisontalt samarbeid kan også fremstå som problematisk konkurransemessig, da slike samarbeid kan redusere den rivaliserende og uavhengige adferden til konkurrentene. Avtaler om produksjonsmengder, priser, deling av markeder etc. og samarbeid som fører til at partene får en økt markedsstyrke vil kunne føre til at produksjon, produkters kvalitet og pris, produktsortimentet eller innovasjonen blir påvirket negativt i markedet.³ De mest alvorlige formene for konkurransebegrensende samarbeid, er der konkurrerende foretak inngår avtaler om markedsdeling, prisfastsettelse, enighet om produksjonskvoter og

¹ Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger. (Heretter konkurranseloven).

² Kommisjonens meddelelse om Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler, 2011/C 11/01, avsnitt 2. (Heretter retningslinjene for horisontalt samarbeid).

³ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 3.

begrensning av produksjonsvolum. Slike rene karteller vil ikke bli behandlet, fokus vil være på produksjonssamarbeid om varer eller tjenester.

For å få en effektiv og sunn konkurranse i markedet⁴, er man avhengig av at markedsaktørene fastlegger sin markedspolitikk uavhengig av hverandre. Ved å begrense muligheten for samarbeid mellom foretak, vil de bli tvunget til å konkurrere, noe som igjen fører til lavere pris og bedre kvalitet på produktene. Forbrukerne vil sitte igjen med mer penger som kan benyttes på andre varer og tjenester. Reguleringen av konkurransebegrensende samarbeid som fremgår av konkurranseloven § 10 har som formål å motvirke konkurranseskadelig adferd gjennom samarbeid mellom konkurrenter.

Bestemmelsens første ledd forbyr konkurransebegrensende samarbeid som har til formål eller virkning å begrense konkurransen. Annet ledd bestemmer at samarbeid som er forbudt etter første ledd er ugyldige. Bestemmelsens tredje ledd inneholder unntak fra forbudet i første ledd. Er vilkårene i tredje ledd oppfylt, regnes samarbeidet for å ha positive virkninger på konkurransen som oppveier de negative virkningene.

Det vil i avhandlingen bli drøftet aktuelle problemstillinger som knytter seg til forbudet i paragrafen. Det vil foretas en redegjørelse for hvilke iboende begrensninger på den aktuelle eller potensielle konkurransen selve avtalen eller samarbeidet i sin helhet kan inneholde. Videre vil det drøftes hvilke tilknyttede begrensninger på den aktuelle eller potensielle konkurransen en avtale kan inneholde.

Deretter vil det rettslig sett være nødvendig å foreta en avveining av fordelene horisontale samarbeidsavtaler mellom konkurrenter medfører, kontra de konkurranseskadelige virkningene⁵ og en klargjøring av om slike samarbeid oppfyller vilkårene for unntaket i forbindelse med forbudet i § 10, 3. ledd vil foretas. Det vil også foretas en redegjørelse av

⁴ I tråd med formålet konkurranseloven oppstiller i § 1, 1. ledd.

⁵ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 4.

hvilke avtaleformer som fritas fra forbudet i første ledd enten grunnet deres bagatellmessige betydning eller at avtalen omfattes av et gruppefritak.

1.2 Rettskildene

Oppgaven tar utgangspunkt i konkurranseloven § 10. Denne regelen er basert på tilsvarende regler i EU/EØS' konkurranseregelverk og forarbeidene i konkurranseloven⁶ forutsetter uttrykkelig at § 10 skal tolkes i overensstemmelse med EØS-avtalen⁷ artikkel 53. EØS-konkurranseloven⁸ § 7 regulerer forholdet mellom forbudet i konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53. EØS-avtalen skal igjen tolkes i overensstemmelse med EU-regelverket, dermed er også EUF-traktaten artikkel 101⁹ relevant for tolkningen av norsk rett.

Det understrekes i forarbeidene til konkurranseloven at praksis fra EU-domstolen, EFTA-domstolen, Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan er tungtveiende rettskilder ved vurderingen av § 10.¹⁰

De viktigste forarbeidene til loven er NOU 2003:12 Ny konkurranselov og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

⁶ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s.68.

⁷ EØS-loven, lov av 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv.

⁸ EØS-konkurranseloven, lov av 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv.

⁹ I forbindelse med ikrafttreddelsen av Lisboa-traktaten i 2009, fikk EF-traktaten ny tittel; ”the Treaty on the Functioning of the European Union”, jf. Lisboa-traktaten artikkel 2 nr. 1. Videre i oppgaven benyttes forkortelsen TFEU. En annen endring i traktaten er at det som tidligere var artikkel 81, nå har endret nummer til 101. Artikkelens ordlyd er lik, og i oppgaven vil artikkel nummer 101 benyttes. Også betegnelsen Det Europeiske Felleskap ble forandret i denne forbindelse, det er nå Den Europeiske Union som gjelder, jf. Lisboa-traktaten artikkel 2.

¹⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 68.

Det finnes lite rettspraksis om produksjons-joint ventures på området for konkurranseloven § 10. Jæren tingretts avgjørelse i Jærkylling AS mot Nortura SA¹¹ vil benyttes for å belyse enkelte problemstillinger som kan oppstå i lys av produksjonssamarbeid. Kommisjonen har ofte gitt EF artikkel 81 (1), nå TFEU artikkel 101 (1) anvendelse på joint ventures, men selskapene har som regel fått fritak etter tredje ledd, og dette er dermed ikke avgjort av retten.¹²

Kommisjonspraksis som rettskilde har mindre vekt enn rettspraksis, men betydningen av kommisjonspraksis er allikevel stor i tilknytning til denne fremstillingen. Både enkeltsaker der Kommisjonen tar stilling til virkningene av et produksjonssamarbeid og Kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av konkurransereglene blir retningsgivende. Retningslinjene er ikke bindende, men har en viss vekt som rettskildefaktor så lenge de ikke bryter med prinsipper EU-domstolen oppstiller.

Kommisjonens retningslinjer for anvendelse av TFEU artikkel 101 på horisontale samarbeidsavtaler¹³ vil bli benyttet i stor grad i denne fremstillingen. Retningslinjene er nylig revidert, de reviderte retningslinjene trådte i kraft den 14. desember 2010. Retningslinjene gir prinsipper og regler som skal anvendes ved tolkningen av horisontale avtaler, det vil si avtaler mellom konkurrenter, og bygger i vesentlig grad på EU-domstolens praksis på området. Retningslinjene har som formål å skape forutsigbarhet ved anvendelse av konkurranselovgivningen.¹⁴ Selv om de er ment for Kommisjonens tolkning av saker og ikke er bindende rettsakter¹⁵, har de generell gyldighet og betydelig vekt. ESA har utstedt tilsvarende retningslinjer for EØS. I det følgende vises det til Kommisjonens

¹¹ Dom 10-068972TVI-JARE, Jærkylling AS mot Nortura SA, av 01.02.2011 i Jæren tingrett. (Heretter Jærkylling mot Nortura).

¹² Se Whish, 2001, s. 499.

¹³ Retningslinjene for horisontalt samarbeid.

¹⁴ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 7.

¹⁵ Retningslinjene for horisontalt samarbeid avsnitt 17.

retningslinjer. Gruppefritaksforordningen¹⁶ vil benyttes som utgangspunkt for drøftelsen av gruppefritaket for spesialiseringsavtaler. Også denne forordningen er nylig revidert, og den nye versjonen trådte i kraft 1. januar 2011. Videre benyttes Kommisjonens meddelelse om retningslinjer for anvendelse av artikkel 81 (3)¹⁷ som utgangspunkt for vurderingen av unntaket i konkurranseloven § 10, 3. ledd. Meddelelsen om definisjon av det relevante marked¹⁸ brukes som utgangspunkt for markedsanalysen. Bagatellmeddelelsen¹⁹ brukes i drøftelsen av merkbarhetsvilkåret. I vurderingen av om samarbeidsavtalen inneholder ”ancillary restraints” er Kommisjonens meddelelse av ”konkurrencebegrænsninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for gjennomførelsen af fusioner”²⁰ relevant. Fusjonskontrollforordningen²¹ benyttes ved redegjørelsen av avtalers spillover-effekt mot andre markeder.

1.3 Den videre fremstillingen

I del 1.4 redegjøres det for generelle trekk ved konkurranseloven § 10 som vil gjøre seg gjeldende senere i avhandlingen. Kapittel 2 inneholder en fremstilling av de iboende og tilknyttede begrensninger som kan forekomme i et produksjonssamarbeid. Kapittel 2.2 tar for seg analysemetoden som benyttes ved vurderingen av om et samarbeid virker konkurransebegrensende. I kapittel 2.3 drøftes avtalens iboende begrensninger i forhold til

¹⁶ Kommissionens forordning nr. 1218/2010 af 14. december 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på visse kategorier af spesialiseringsaftaler. (Heretter Gruppefritaket for spesialiseringsavtaler).

¹⁷ Kommissionens meddelelse om Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, 2004/C 101/08. (Heretter retningslinjene for anvendelsen av artikkel 81 (3)).

¹⁸ Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret, OJ 97/C 372/03. (Heretter Kommisjonens kunngjøring om det relevante marked).

¹⁹ Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning i konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler), EFT 2001/C 368/07. (Heretter bagatellmeddelelsen).

²⁰ Kommissionens meddelelse om konkurrencebegrænsninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for gennemførelsen af fusioner, OJ 2005/C 56/03.

²¹ Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser. (Heretter fusionsforordningen).

konkurranseloven § 10, 1. ledd. I kapittel 2.4 drøftes avtalens tilknyttede begrensninger i forhold til konkurranseloven § 10 1. ledd. Hovedvekten i avhandlingen ligger i kapittel 2.3 og 2.4. Kapittel 3 tar for seg unntakene fra forbudet drøftet i kapittel 2. Merkbarehetskravet vil drøftes i kapittel 3.2, gruppefritaket for spesialiseringsavtaler i kapittel 3.3 og unntaket i konkurranseloven § 10, 3. ledd i kapittel 3.4. Kapittel 4 inneholder avsluttende bemerkninger.

1.4 Introduksjon til § 10

1.4.1 Oversikt

I konkurranseloven § 10 er det gitt et generelt forbud mot alle former for konkurransebegrensende samarbeid. Forbudet tar sikte på å regulere foretaks markedsadferd. ”Adferd” omfatter i konkurranserettslig forstand både faktiske og rettslige handlinger.²² Samarbeid som virker begrensende på konkurransen kan typisk være prissamarbeid, anbudssamarbeid og markedsdeling. Også ulike former for distribusjonsavtaler kan være forbudt, som for eksempel eneforhandleravtaler og franchiseavtaler som inneholder bestemmelser om videre salgspriser. Videre kan konkurranseklausuler som inneholder begrensninger for en av partenes adgang til å produsere eller distribuere konkurrerende varer eller tjenester samt bestemmelser som fastsetter markedsdeling mellom forhandlere være forbudt. Etter konkurranseloven § 10, 1. ledd er det forbudt for private rettssubjekter å inngå avtaler med konkurransebegrensende formål eller virkning med mindre unntaksregelen i paragrafens tredje ledd får anvendelse. Er dette tilfellet, kommer ikke første ledd til anvendelse. Paragrafens annet ledd slår fast at avtaler som strider mot forbudet i første ledd er uten rettsvirkning, altså ugyldige.

Forbudsbestemmelsen i første ledd avgjør når et samarbeid skal anses for å være skadelig for konkurransen. I bokstav a-e gis det en liste over samarbeid som er forbudt, men også andre samarbeid enn de som er listet opp kan rammes av forbudet. Den rammer etter sin ordlyd enhver form for avtale og samordnet opptreden som får innvirkning på handelen

²² Ryssdal s. 27.

mellom partene, samt har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen.

I det følgende gis en kort gjennomgang av de fire kumulative vilkår som må være oppfylt for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Hensikten er å klargjøre hvilke vilkår som reiser særlige problemstillinger i forbindelse med produksjonssamarbeid.

Det første vilkåret som må være oppfylt for at forbudet i § 10, 1. ledd skal komme til anvendelse er at de eventuelle begrensningene på markedet må stamme fra en ”avtale mellom foretak”, en ”samordnet opptreden” eller en ”beslutning truffet av sammenslutninger av foretak”. Vilkaåret har av EU-domstolen fått et vidt anvendelsesområde. Hva som inngår i begrepet ”avtale” i EF artikkel 81(1), nå TFEU artikkel 101 (1), jf. § 10, 1. ledd, avgjorde domsstolen i deres avgjørelse i *Chemiefarma mot Kommisjonen*²³. Domstolen krevde at partene hadde gitt uttrykk for at de hadde felles vilje til å koordinere adferden. Avgjørelsen har blitt fulgt opp av senere rettspraksis. Både skriftlige, muntlige, uttrykkelige og stilltiende avtaler kan således være omfattet av begrepet.²⁴ Et samarbeid mellom foretak behøver ikke ta form av en avtale for å dekkes av forbudet. Det er tilstrekkelig at det foreligger en form for samordnet praksis eller forståelse mellom uavhengige foretak.

I *ICI mot Kommisjonen*²⁵ kom EU-domstolen til at samordnet opptreden tilsvarer alle typer koordinering mellom foretak hvor man

«bevidst erstatter konkurranserisikoen med et praktisk samarbejde».²⁶

²³ Sak C-41/69, *ACF Chemiefarma mot Kommisjonen*, Sml. 1970 s. 107, premiss 112.

²⁴ Se blant annet sak 277/87, *Sandoz P. Farmaceuti mot Kommisjonen*, Sml. 1990 s. I-45 og sak 41/69, *ACF Chemiefarma mot Kommisjonen*, Sml. 1970 s. 107 som eksempler på ulike situasjoner som har blitt god tatt som avtale ved tolkningen av EF artikkel 81 (1).

²⁵ Forenede saker 48, 49 og 51–57/69 *ICI mot Kommisjonen*, Sml. 1972 s. 619.

²⁶ Forenede saker 48, 49 og 51–57/69 *ICI mot Kommisjonen*, Sml. 1972 s. 619, premiss 64.

Det må altså foreligge en felles forståelse. I Suiker Unie²⁷ kommer EU-domstolen videre til at denne felles forståelsen må komme av en direkte eller en indirekte kontakt mellom partene. Det er senere bekreftet av EU-domstolen i Züchner²⁸ at det skal foreligge en todelt test som beskrevet via ICI mot Kommisjonen og Suiker Unie.

I ”beslutning truffet av sammenslutninger av foretak” legges EU-domstolens avgjørelse i I.A.Z. International Belgium²⁹ til grunn. I dommen heter det at aktiviteter innenfor en sammenslutning som kan få konkurransebegrensende virkning går inn under begrepet.

Det andre kumulative vilkåret i § 10, 1. ledd er at det må foreligge et samarbeid mellom ”foretak”. Foretakene må være økonomisk uavhengige av hverandre, de må være adskilte økonomiske enheter. Dermed vil avtaler mellom foretak som er del av samme økonomisk enhet falle utenfor forbudet i paragrafen. Dersom det foreligger en avtale mellom mor- og datterselskap, der det ene foretak har kontroll over det andre, eller en avtale mellom søsterselskap i samme konsern, der to foretak kontrolleres av samme eier, anses de for å tilhøre samme økonomiske enhet, og vil ikke rammes av forbudet.

Det tredje vilkåret første ledd oppstiller innebærer at det må foreligge en atferd som har ”til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen”. Vilåret om konkurransebegrensning vil få en mer detaljert redegjørelse i avsnitt 1.4.2, da den videre fremstillingen i stor grad bygger på dette kriteriet.

Det fjerde vilkåret innebærer at et tiltak må påvirke konkurransen merkbart. Dette kravet ble innfortolket av EU-domstolen i Société Technique Minière.³⁰ Merkbarhetsvilåret vil få en mer detaljert redegjørelse i kapittel 3.2.

²⁷ Forenede saker 40–48, 50, 54–56, 111 og 113–114/73, Suiker Unie m.fl. mot Kommisjonen, Sml. 1975 s. 1663.

²⁸ Sak 172/80, Züchner mot Bayerische Vereinsbank AG, Sml. 1981 s. 2021, premiss 12–14.

²⁹ Forenede saker 96-102, 104, 105, 108 og 110/82, I.A.Z. International Belgium, Sml. 1983 s. 3369, premiss 20.

EØS-avtalen artikkel 53 oppstiller i tillegg et vilkår om at samarbeidet må påvirke handelen mellom EØS-statene. Vilkåret angir med dette virkeområdet til paragrafen.³¹ Vilkåret blir av EU-domstolen formulert i Société Technique Minière³² slik:

”It must be possible to foresee with a sufficient degree of probability on the basis of a set of objective factors of law or of fact that the agreement in question may have an influence, direct or indirect, actual or potential, on the pattern of trade between member states.”

I praksis er dette kriteriet som regel oppfylt.³³ Konkurranseloven § 10 regulerer derimot konkurransen på det norske marked.

Når det er fastslått at avtalen er konkurransebegrensende etter første ledd, skal det som nevnt etter tredje ledd vurderes om de konkurransefremmende fordeler oppveier de konkurransebegrensende ulemper. I denne vurderingen må fire kumulative vilkår være oppfylt: Samarbeidet må medføre økonomiske fordeler, fordelene må komme forbrukeren til gode, konkurransebegrensningene må ikke gå ut over det som er nødvendig og konkurransen må ikke utelukkes. I den grad reglene om unntak fra forbudet reiser problemstillinger knyttet til horisontale produksjonssamarbeid, vil de drøftes mer inngående i oppgavens del 3. Det samme gjelder gruppefritaket for spesialiseringsavtaler.

1.4.2 Konkurransbegrensningskriteriet

Det er bare samarbeid ”som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen” som omfattes av forbudet i konkurranseloven § 10, 1. ledd. Formål og virkning må leses separat, dette ble fastslått i EU-domstolens avgjørelse i Société Technique Minière.³⁴ Domstolen kom videre til at man først skal ta for seg om det

³⁰ Se sak 56/65, Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm, Sml. 1965-68, premiss 282.

³¹ Forenede saker 56 og 58/64, Consten og Grundig mot Kommisjonen, Sml. 1965-1968 s. 299, premiss 341.

³² Sak 56/65, Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm, Sml. 1965-68 s. 282, premiss 249.

³³ Tilsvarende Jones & Sufrin s. 121.

³⁴ Se sak 56/65, Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm, Sml. 1965-68 s. 211.

foreligger konkurransebegrensende formål. Dersom det ikke foreligger noe konkurransebegrensende formål må det videre vurderes om det foreligger konkurransebegrensende virkninger. Ettersom vilkårene formål og virkning er alternative jamfør konjunksjonen ”eller”³⁵, trenger man kun å fastslå at en av dem er oppfylt for å oppfylle konkurransebegrensningskriteriet.

Ved vurderingen av om samarbeidet har konkurransebegrensende formål, skal det legges en objektiv vurdering til grunn, det er ”avtalens” formål og ikke partenes subjektive hensikt og oppfatning som er avgjørende.³⁶ I en avtale med konkurransebegrensende formål ligger det en konkurransebegrensning i selve naturen av avtalen og det er i følge rettspraksis ikke nødvendig å vurdere virkningene avtalen har på markedet.³⁷

Foreligger det ikke noe konkurransebegrensende formål i samarbeidet, må det videre foretas en konkret undersøkelse av om det kan få konkurransebegrensende virkning. Både faktisk og potensiell konkurransebegrensende virkning er forbudt.³⁸

EFTA-domstolen avgjorde i Hegelstad mot Hydro Texaco at ved vurderingen av om avtalen ”hindrer, innskrenker eller vrir” konkurransen, det vil si påvirker markedets funksjon på en slik måte at konkurransen på markedet begrenses, vil økonomisk teori ha en vesentlig rolle.³⁹

Videre vil EFTA-domstolens og EU-domstolens avgjørelser på området være avgjørende for hvordan man skal tolke konkurransebegrensningskriteriet.⁴⁰

³⁵ Se sak 56/65, Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm, Sml. 1965-68 s. 282.

³⁶ Se Whish, EC Competition Law fifth ed., s. 110.

³⁷ Dette ble fastslått i Forenede saker 56 og 58/64, Consten og Grundig mot Kommisjonen, Sml. 1965-1968 s. 299, men gjelder dog med den reservasjon at kravet om merkbarhet må være oppfylt, jf Sak 5/69, Völk mot Vervaecke, Sml. 1969 s. 69.

³⁸ Se f. eks sak C-7/95 P, John Deere Ltd mot Kommisjonen, Sml. 1998 s. I-3111, premiss 77.

³⁹ Se sak E-7/01, Hegelstad mot Hydro Texaco, REC 2002 s. 310, avsnitt 27.

⁴⁰ Se Norsk konkurranserett s. 258.

2 Forbudsbestemmelsen

2.1 Innledning

I denne fremstillingen skal produksjonssamarbeid mellom faktiske eller potensielle konkurrenter diskuteres. I all hovedsak vil dette dreie seg om horisontale avtaler.

Horisontale avtaler inngås mellom foretak som opererer i samme ledd i produksjons- eller distribusjonsskjeden.

Vertikale avtaler, det vil si avtaler som inngås mellom parter i forskjellige ledd i produksjonen eller distribusjonen, vil bli diskutert der de blir inngått mellom konkurrenter. Begrunnelsen for dette er at vertikale avtaler i slike situasjoner kan få samme virkninger på markedet og medføre konkurransebegrensninger på lik linje med horisontale avtaler.⁴¹

I retningslinjene for horisontalt samarbeid skilles det mellom tre hovedkategorier av produksjonssamarbeid. En kategori er avtaler om felles produksjon hvor partene avtaler å produsere bestemte produkter i fellesskap, for eksempel i et joint venture, her har de felles kontroll over avtalene. Videre nevner retningslinjene spesialiseringsavtaler hvor partene ensidig eller gjensidig avslutter egen produksjon av et produkt og i stedet kjøper det hos en annen part. Den siste kategorien retningslinjene nevner er underleverandøravtaler hvor en part overtar produksjonen av et produkt fra en annen part.⁴² Denne fremstillingen tar utgangspunkt i retningslinjenes tredeling av ulike former for produksjonssamarbeid.

Det må i hver konkrete situasjon foretas en individuell vurdering av om den aktuelle produksjonsavtalen er konkurransebegrensende. Her vil det bli naturlig å basere seg hovedsakelig på retningslinjene for horisontalt samarbeid⁴³, da retningslinjenes kapittel 3 omhandler produksjonsavtaler.

⁴¹ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 12.

⁴² Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 150.

⁴³ Retningslinjene for horisontalt samarbeid.

To hovedspørsmål må besvares ved hjelp av konkurranseanalyse. Først må det redegjøres for om selve avtalen eller samarbeidet i sin helhet inneholder iboende begrensninger på den aktuelle eller potensielle konkurransen. Er dette tilfellet, vil avtalen være konkurransebegrensende i strid med § 10, 1. ledd. Dette drøftes i kapittel 2.3. I kapittel 2.3.1 presenteres de ulike formene en produksjonsavtale kan ha, henholdsvis samarbeidsavtaler om felles produksjon, underleveranseavtaler og spesialiseringsavtaler. I kapittel 2.3.2 vil det redegjøres for situasjoner der avtaler om felles produksjon legger direkte begrensninger på konkurransen. Videre omhandler kapittel 2.3.3 de situasjoner der avtaler om felles produksjon medfører en samordning av partenes adferd som leverandører. Situasjoner der informasjonsutveksling mellom samarbeidspartene fører til begrensninger på konkurransen drøftes i kapittel 2.3.4. Spillover-virkninger avtaler kan ha på et beslektet marked vil bli behandlet i kapittel 2.3.5.

Det andre hovedspørsmålet, er om avtalen inneholder tilknyttede begrensninger på den aktuelle eller potensielle konkurransen slik at avtalen blir konkurransebegrensende i strid med § 10, 1. ledd. Dette er tema i kapittel 2.4.

2.2 Analysemetode

I analysen av om et samarbeid har konkurransebegrensende virkninger i strid med forbudet i § 10, 1. ledd, er et sentralt tema om handlefriheten til markedsaktørene begrenses. Det kan skilles mellom avtaler som får konkurransebegrensende virkninger mellom partene og avtaler som får konkurransebegrensende virkninger i forhold til tredjemenn på markedet.⁴⁴ Med begrensninger i partenes handlefrihet, menes at en samordning av praksis må foregå mellom uavhengige aktører og binde handlefriheten til minst en av aktørene. Hvilke konkurranseparametre avtalen berører må fastslås for å identifisere hva slags konkurransebegrensninger det er snakk om.⁴⁵ Det kan skilles mellom to ulike begrensninger på markedet overfor tredjemann. Avtalen kan føre til reduserte

⁴⁴ Se bl.a. forenede saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, European Night Services m.fl. mot Kommisjonen, Sml. 1998 s. II -3141.

⁴⁵ EØS-rett, s. 519.

valgmuligheter for etterspørerne, og den kan også redusere valgfriheten til konkurrerende tilbydere på markedet.⁴⁶

En forutsetning for å kunne vurdere virkningene av et konkurranserettslig samarbeid, er at det relevante markedet er definert. Markedets geografiske utstrekning, hvilke produkter som tilbys på markedet samt andre tids- eller sesongavhengige variasjoner på det aktuelle markedet må klargjøres.⁴⁷ EU-kommisjonens kunngjøring om avgrensningen av det relevante marked danner grunnlaget for drøftelsen av det relevante marked i det følgende.⁴⁸

Formålet med avgrensningen av det relevante markedet er å si ut hvilke saksforhold eller markedsfaktorer som skal vurderes i den konkurranserettslige analysen.⁴⁹ Kommisjonen beskriver dette som:

”... at fastslå, hvilke egentlige konkurrenter der er i stand til at begrense de involverede virksomheders adfærd og forhindre dem i at handle uafhængigt af et effektivt konkurrencemæssigt pres.”⁵⁰

Med produktmarked menes hvilke produkter som konkurrerer på samme marked. Geografisk marked defineres som hvilke leverandører som har kapasitet til å betjene markedet, avtakere av disse, samt hvor gruppene er plassert geografisk.⁵¹

Avgrensningen av produktmarkedet tas på bakgrunn av hva etterspørerne mener er nære substitutter.⁵² Kommisjonen bruker følgende analysemodell for å kartlegge både produktmarkedet og det geografiske markedet i deres kunngjøring:

⁴⁶ EØS-rett, s. 519.

⁴⁷ Norsk konkurranserett s. 267.

⁴⁸ Kommisjonens kunngjøring om avgrensningen av det relevante marked.

⁴⁹ Kommisjonens kunngjøring om avgrensningen av det relevante marked, punkt 2.

⁵⁰ Kommisjonens kunngjøring om avgrensningen av det relevante marked, punkt 2.

⁵¹ Norsk konkurranserett s. 268.

⁵² Se bl.a. sak 6/72, Continental Can mot Kommisjonen, Sml. 1973 s. 215, premiss 32.

”Det afgørende spørsmål er, om parternes kunder ville skifte til lettilgjengelige substitutionsprodukter eller leverandører andre steder på grund af en hypotetisk, lille (i størrelsesordenen 5-10 %) varig stigning i den relative pris på de pågældende produkter og i de pågældende områder. Hvis substitutionen er tilstrækkelig til at gøre prisstigningen urentabel på grund af den omsætningsnedgang, den medfører, medtages yderligere substitutionsprodukter og områder i det relevante marked, indtil man opnår en bestemt række produkter og geografiske områder, hvor små, varige stigninger i de relative priser ville være rentable.”⁵³

Denne metoden kalles SSNIP-testen (small but significant non-transitory increase in price). Det relevante marked er etter dette der et hypotetisk kartell kan ha markedsmakt og manglende alternativer hos kundene medfører at prisøkningen blir lønnsom.

Kolstad forklarer hvordan produktmarkedet defineres slik:

”For å definere produktmarkedet tas det utgangspunkt i det produkt, eller de produkter som den konkurranseregulering som vurderes, omfatter. Deretter forutsettes det at alt salg av produktet eller produktene skjer gjennom et hypotetisk, perfekt kartell. Analysemodellen søker å finne frem til hvilke tilbydere som må inkluderes i et perfekt kartell for at monopolløsningen skal bli realisert i markedet. Hvis etterspørerne vil gå over til å kjøpe andre produktvarianter ved en varig og ikke ubetydelig prisøkning, inkluderes tilbyderne av dette produktet i det hypotetiske kartell. Prosessen gjentas inntil prisøkningen blir lønnsom, m.a.o. til etterspørerne ikke lenger har noen alternativer.”⁵⁴

Videre forklarer Kolstad hvordan avgrensningen av det relevante geografiske marked foregår slik:

”Ved avgrensningen av det relevante geografiske marked tas det utgangspunkt i de utsalgssteder som er omfattet av en konkurranseregulering, og man undersøker etterspørernes reaksjon hvis utsalgsstedene går til en ikke ubetydelig og varig prisøkning. Hvis etterspørerne henvender seg til andre utsalgssteder som selger det relevante produkt eller den relevante produktgruppe, som vil være

⁵³ Kommisjonens kunngjøring om avgrensningen av det relevante marked, punkt 17.

⁵⁴ Norsk konkurranserett s. 268.

definert ved avgrensningen av det relevante produktmarked, vil utsalgsstedene inkluderes i det hypotetiske kartellet, og det geografiske område utstrekkes til å omfatte også disse utsalgsstedene, Prosessen gjentas til etterspørerne ikke lenger har noen alternativer.”⁵⁵

Kommisjonen åpner for at også substitusjon på tilbudssiden kan få en viss vekt i markedsavgrensningen dersom dette medfører de samme virkningene som substitusjonen på etterspørselssiden. For at dette skal være tilfellet forutsetter Kommisjonen

”... at leverandørene som reaktion på små, varige endringer i de relative priser omgående kan omstille produksjonen til de relevante produkter og markedsføre dem på kort sikt (4), uden at det medfører betydelige ekstraomkostninger eller ricisi.”⁵⁶

Kommisjonen understreker at dette bare vil være aktuelt der en svært rask omlegging av produksjonen kan skje.⁵⁷

Kommisjonen utelukker potensielle produsenter på markedet, som først på lengre sikt ville kunne etablere seg. Begrunnelsen er

”Om den potentielle konkurrence rent faktisk vil medføre en effektiv konkurrencebegrænsning kan nemlig kun fastslås ved en analyse af bestemte faktorer og forhold i forbindelse med betingelserne for adgang til markedet. En sådan analyse gennemføres eventuelt først på et senere tidspunkt, normalt når de involverede virksomheders stilling på det relevante marked allerede er blevet fastslået, og denne stilling giver anledning til betænkeligheder ud fra et konkurrencepolitisk synspunkt.”⁵⁸

Det kan være hensiktsmessig å starte konkurranseanalysen med en drøftelse av om restriksjonene omfattes av et gruppefritak på området i henhold til § 10, 3. ledd. Dette vil i så fall medføre at avtalen går klar av forbudet i § 10, 1. ledd. Reglene for gruppefritak drøftes i kapittel 3.3. Videre kan det også være hensiktsmessig å drøfte om samarbeidet kun

⁵⁵ Norsk konkurranserett s. 269.

⁵⁶ Kommisjonens kunngjøring om avgrensningen av det relevante marked, punkt 20.

⁵⁷ Kommisjonens kunngjøring om avgrensningen av det relevante marked, punkt 20.

⁵⁸ Kommisjonens kunngjøring om avgrensningen av det relevante marked, punkt 24.

medfører bagatellmessige begrensninger, da dette også kan føre til at samarbeidet ikke vil omfattes av forbudet i § 10, 1. ledd. Reglene om merkbar påvirkning på konkurransen behandles i kapittel 3.2.

Neste skritt i analysen består av å vurdere om avtalen virker konkurransebegrensende etter sitt formål eller har konkurransebegrensende virkning, og således rammes av forbudet i § 10, 1. ledd.

Formålsvurderingen vil kun nevnes kort, ettersom de avtaletyper som drøftes i denne fremstillingen ikke har slike konkurransebegrensende formål. Vurdering må allikevel foretas i hvert enkelt tilfelle.⁵⁹ Avtaler der det er konstatert konkurransebegrensende formål, behøver ingen videre vurdering av eventuell konkurransebegrensende virkning.

Foreligger det ikke noe konkurransebegrensende formål i samarbeidet, må det foretas en undersøkelse av om samarbeidet kan få konkurransebegrensende virkning. Begrepet ”konkurransebegrensende virkning” kan ikke forklares entydig språklig sett. Juridiske eller økonomiske terminologier har heller ingen eksakt definisjon av begrepet.⁶⁰

EU-domstolen understreker at foretakene må opptre uavhengig av konkurrentenes opptreden.⁶¹ Synet bygger på et av de grunnleggende formålene bak § 10, 1. ledd om at foretak skal følge sin egen forretningsstrategi.⁶² Det må foretas en vurdering av hvor mye samarbeidsavtalen påvirker partenes konkurransemessige adferd.⁶³ En økonomisk analyse av virkningene avtalen har på markedet blir nødvendig.⁶⁴ I analysen av hvilke

⁵⁹ For en mer utførlig drøftelse se Whish s. 119-122.

⁶⁰ Se Jones & Sufrin s. 149: ”Anyone who could define exactly what amounts to a restriction of competition would have achieved the competition law equivalent of finding the Holy Grail”.

⁶¹ Se bl.a. sak C- 199/92, Hüls AG mot Kommisjonen, Sml. 1999 s. I-4287, premiss 158.

⁶² Jones & Sufrin, s. 661.

⁶³ Jf. Faull & Nikpay s. 86-87.

⁶⁴ Se sak E-7/01, Hegelstad mot Hydro Texaco, REC 2002 s. 310, jf. Norsk konkurranserett s. 275.

begrensninger selve avtalen legger på partene, identifiserer man hvilke konkurranseparametre som berøres av avtalen, på den måten vil man identifisere hvilke type begrensninger i konkurransen avtalen medfører. Alle faktorer som kan ha innvirkning på konkurransen må være med i vurderingen. Også virkningene avtalen har overfor tredjemann må vurderes.⁶⁵

I virkningsvurderingen har EU-domstolen fastslått at man skal sammenligne hvordan markedssituasjonen vil forventes å være med og uten avtalen som vurderes. Som eksempel blir det i UK Tractors⁶⁶ uttalt at

”Det fremgår af Domstolens faste praksis, at for at kunne bedømme, om en aftale må antages at være forbudt på grund af de konkurrenceforstyrrelser, den har til følge, må det undersøges, hvorledes konkurrencen ville forme sig under forhold, hvor aftalen ikke fandtes (...)”.⁶⁷

I analysen av hvordan konkurransen vil utvikle seg med avtalen, skal omstendigheter som med sannsynlighet kan oppstå i det relevante markedet legges til grunn. I analysen av hvordan konkurransen vil utvikle seg uten avtalen, må det tas i betraktning om det foreligger omstendigheter som kan medføre endringer i konkurransen i forhold til tidligere.⁶⁸

For at et samarbeid skal ha konkurransebegrensende virkning, må ikke bare konkurransen mellom partene begrenses, Kommisjonen understreker at avtalen også må

”have, eller sandsynligvis have, en mærkbar negativ virkning på mindst et af konkurrenceparametrene på markedet, så som pris, produktion, produktkvalitet, produktsortiment eller innovation.”⁶⁹

⁶⁵ Forenede saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, European Night Services m.fl. mot Kommisjonen, Sml. 1998 s. II -3141, premiss 136.

⁶⁶ Sak C-7/95 P, John Deere Ltd mot Kommisjonen, Sml. 1998 s. I-3111.

⁶⁷ Sak C-7/95 P, John Deere Ltd mot Kommisjonen, Sml. 1998 s. I-3111, premiss 76.

⁶⁸ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 29.

⁶⁹ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 27.

Både faktisk og potensiell konkurranse er relevant. Kommisjonen har tradisjonelt tolket spesielt ”potensielle konkurrenter” vidt. Som eksempel vedtok de i Vacuum Interrupters⁷⁰ at selv om partene ikke tidligere hadde produsert produktene, kunne deres ressurser og ekspertise

”... have led them to extend their range of products to include vacuum interrupters, thereby making them direct competitors”.⁷¹

I denne saken så Kommisjonen bort ifra det faktum at den ene parten ville trukket seg ut av markedet uten joint venture. Kommisjonen så også bort ifra det faktum at produktet aldri ville blitt utviklet uten joint venture.⁷²

Kommisjonen har utviklet et mer realistisk syn på hva som inngår i ”potensielle konkurrenter”, og i deres ”JV Notice”⁷³ fra 1984 er et av deres mål:

”to make its assessment of potential competition in the most realistic way possible.”⁷⁴

Kommisjonen stiller i rapporten opp enkelte spørsmål med målsetning om å klargjøre om morselskapene kan utføre oppgavene til joint venture på egenhånd, og om dannelsen av joint venture forspiller denne muligheten. Her er det grunnleggende spørsmålet om partene har eller ville hatt tekniske, finansielle og kommersielle ressurser til å komme inn på joint ventures marked innen en rimelig tidsramme.⁷⁵ Og etter hvert gikk Kommisjonens tolkninger over til å bli mer realistiske.⁷⁶

⁷⁰ Sak L 48/32, Vacuum Interrupters, EFT 1977.

⁷¹ Sak L 48/32, Vacuum Interrupters, EFT 1977, premiss 15.

⁷² Bellamy & Child s. 234, jf. sak L 48/32, Vacuum Interrupters, EFT 1977.

⁷³ Thirteenth Report on Competition Policy (1983).

⁷⁴ Thirteenth Report on Competition Policy (1983), point 55.

⁷⁵ Bellamy & Child s. 235.

⁷⁶ Som eksempel se Sak L 209/15, Elopak/Metal Box-Odin, OJ 1990.

Retningslinjene for horisontale avtaler klargjør i dag i vesentlig grad situasjonen. Foretak er faktiske konkurrenter

”hvis de opererer på det samme relevante marked.”⁷⁷

Dersom to konkurrenter er i et konkurranseforhold generelt, må det fortsatt vurderes om dette konkurranseforholdet eksisterer i det aktuelle prosjektet. Der det objektivt sett ikke er mulig for partene å gjennomføre det aktuelle prosjektet uten å inngå samarbeid, vil normalt ikke et samarbeid virke konkurransebegrensende etter § 10.⁷⁸

Foretak er potensielle konkurrenter hvis:

”det uden aftalen er sandsynligt, at førstnævnte virksomhed, i tilfælde af en beskeden, men varig stigning i de relative priser, inden for en kort periode vil foretage de nødvendige supplerende investeringer eller afholde andre nødvendige omstillingskostnader for at komme ind på det relevante marked, hvor sidstnævnte virksomhed opererer.”

Som eksempel benyttes Kommisjonens avgjørelse om det irske joint venture Synergen mellom ESB og Statoil.⁷⁹ Her ble Statoil ansett som en potensiell konkurrent på det irske elektrisitetsmarkedet. Kommisjonen konkluderte med at markedsstrukturen kunne forbedres dersom en ny energiprodusent kom inn på det irske elektrisitetsmarkedet. Statoil var blant de få potensielle konkurrentene på markedet.

Retningslinjene sier videre at vurderingen

”skal bygge på realistiske forhold, og det er ikke tilstrækkeligt, at der blot foreligger en teoretisk

⁷⁷ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 10.

⁷⁸ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 30.

⁷⁹ Sak IP/02/792, om det irske joint venture Synergen mellom ESB og Statoil. (Kun pressemelding tilgjengelig.)

mulighed for, at virksomheden kommer ind på markedet.”

Når en potensiell konkurrent har kapasitet til å gjennomføre oppdraget, og faktisk kommer til å gjøre det, blir denne en faktisk konkurrent.⁸⁰ Definisjonen av hva som inngår i begrepet ”potensiell konkurrent” i retningslinjene for horisontalt samarbeid, skiller seg noe fra den definisjonen som ble gitt i retningslinjene fra 2001⁸¹. I de gamle retningslinjene var et selskap potensiell konkurrent dersom det kunne godtgjøres:

” at den, i fravær af aftalen, kunne og sandsynligvis ville foretage de nødvendige supplerende investeringer eller påtage sig andre omstillingsomkostninger for at komme ind på det relevante marked som reaktion på en beskeden, varig stigning i de relative priser.”⁸²

Det måtte etter dette kunne påvises at selskapet både hadde kapasitet til å gjennomføre oppdraget og også at selskapet sannsynligvis ville påta seg omleggingskostnader og tilleggsinvesteringer for å kunne etablere seg på det relevante markedet. Om endringen vil medføre noen faktiske konsekvenser, gjenstår å se.

Det er en rekke ulike momenter som vil være aktuelle å ta i betraktning i en analyse av om en avtale har konkurransebegrensende virkninger, hvilke momenter som er aktuelle vil variere fra sak til sak. Fremstillingen tar sikte på en redegjørelse for de momenter det med sannsynlighet vil være aktuelt å ta i betraktning i analysen av om et produksjonssamarbeid har konkurransebegrensende virkning.

Hva slags markedsrett partene har er et sentralt moment i vurderingen av om samarbeidet har konkurransebegrensende virkning. I avgrensningen av markedet vil det bli klart hvilken markedsrett et foretak eller et samarbeid har. Er avgrensningen av markedet vid kreves

⁸⁰ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 10.

⁸¹ Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelsen af EF-traktatens artikel 81 på horisontale samarbejdsaftaler, EFT 2001/C3/02.

⁸² Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelsen af EF-traktatens artikel 81 på horisontale samarbejdsaftaler, EFT 2001/C3/02, fotnote 9 til avsnitt 9.

det mye for at foretaket eller samarbeidet skal ha markedsrett, i en snevrere avgrensning av markedet vil det kreves mindre for at foretaket eller samarbeidet skal ha markedsrett.⁸³ En annen faktor som er med på å avgjøre om partene har markedsrett, er hvor dynamisk et marked er. Et marked i stadig endring, der nye aktører kommer til og markedsandelene stadig skifter, kan dette være med på å svekke markedsretten et samarbeid har. Dersom samarbeidet fører til harmonisering av kostnadene, er dette en faktor som er med på å styrke markedsretten til et samarbeid.⁸⁴

Retningslinjene for horisontalt samarbeid forklarer i avsnitt 39 markedsrett som:

”evnen til i en periode at opnå fordele ved at holde priserne på et høyere niveau eller produksjonen, dvs. tilbudet, produktets kvalitet og produktsortiment eller innovasjonen, på et lavere niveau, end det ville have vært mulig på et konkurransepræget marked.”⁸⁵

Retningslinjene utdyper denne forklaringen videre i avsnitt 40:

”På markeder præget af faste omkostninger må virksomhederne fastsætte deres priser, så de er højere end deres variable produktionsomkostninger, for at sikre et rimeligt afkast af deres investering. At virksomhederne fastsætter priser, der er højere end deres variable omkostninger, er derfor ikke i sig selv et tegn på, at konkurrencen på markedet ikke fungerer godt, og at virksomhederne har en markedsstyrke, som sætter dem i stand til at fastsætte priser, der ligger over det konkurrencedygtige niveau. Men når konkurrencen ikke er tilstrækkelig til at holde priser, produktion, produktkvalitet, produktsortiment og innovation på det konkurrencedygtige niveau, har virksomhederne markedsstyrke som omhandlet i artikel 101 stk. 1.”⁸⁶

Partenes markedsrett kan beregnes på ulike måter. I de fleste sammenhenger vil det være mest naturlig å ta utgangspunkt i hva det totale markedets omsetningsverdi er, og ut ifra dette beregne hvor stor andel hver enkelt part omsetter. Det vil også kunne være aktuelt å

⁸³ Norsk konkurranserett s. 267.

⁸⁴ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 170-171.

⁸⁵ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 39.

⁸⁶ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 40.

beregne markedsandel ut ifra produksjonsvolumet eller produksjonskapasiteten på det totale markedet. Desto større markedsandel de samarbeidende partene har på markedet, desto større sannsynlighet er det for at samarbeidet kan ha konkurransebegrensende virkning. I markeder hvor partene har en relativt lav markedsandel, er bagatellmeddelelsen⁸⁷ klargjørende. En mer inngående redegjørelse av den såkalte ”de minimis-regelen” vil bli foretatt i kapittel 3.2.

Hvilke konkurranseparametre samarbeidet gjelder kan også ha en betydning i analysen, er elementet det ligger begrensninger på viktig for markedet, fører det lettere til en konkurransebegrensende virkning.⁸⁸

Et vurderingsmoment er også hva slags binding samarbeidet har. I et kontraktsfestet samarbeid vil partene samordne seg i større grad og mer effektivt enn ved ett samarbeid som ikke er kontraktfestet og ikke innebærer noen konsekvenser ved et eventuelt brudd på avtalen.⁸⁹

Markedets struktur er et viktig vurderingsmoment. I et konsentrert marked med få, store aktører, vil et samarbeid mellom aktører på markedet lettere kunne medføre en tilnærming av opptreden fra flere aktører på markedet. I et oligopol står få og store foretak for store deler av salget. Foretakene trenger ikke inngå en avtale om samordning, markedsstrukturen er utformet slik at prisene vil tilnærme seg hverandre. Foretakene kan enkelt observere hverandres adferd og raskt reagere. I slike markeder vil aktørene ikke ha noe å vinne på å bryte ut i hard konkurranse.⁹⁰ Som et eksempel på et oligopolmarked nevnes bensinstasjonmarkedet. I et marked med mange, små aktører, vil et samarbeid mellom aktører på markedet berøre en mindre del av konkurransen.

⁸⁷ Bagatellmeddelelsen.

⁸⁸ Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer (2009) s. 182.

⁸⁹ Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer (2009) s. 182.

⁹⁰ Whish s. 546.

For å beskrive markedskonsentrasjonen, blir ofte den såkalte HHI-indeksen (Herfindahl-Hirschman- indeksen) benyttet.⁹¹ Her summerer man opp kvadratet av markedsandelene til aktørene på markedet og får på den måten ett mål på markedets konsentrasjon. Indeksen kan variere fra 0 til 10,000. Øker HHI-indeksen, indikerer dette en nedgang i konkurransen og økt markedsrett, motsatt dersom indeksen minker. I henhold til amerikanske retningslinjer er et marked konsentrert når indeksen overstiger 1,800.⁹² I EUs tilsvarende retningslinjer, er denne grensen 2,000.⁹³ Når det gjelder hvilke grenser som skal gjelde for når et marked i Norge skal anses som konsentrert, er Konkurransetilsynets avgjørelse i Statkraft/Vestfold Kraft og Skiensfjordens Kommunale Kraftselskap⁹⁴ retningsgivende. Konkurransetilsynet viser her til de amerikanske grensene og påpeker at de synes noe strenge sett i sammenheng med norske forhold. De uttaler at

”i et lite land som Norge vil man måtte akseptere en høyere konsentrasjon fordi det i mange markeder ikke vil være grunnlag for et stort nok antall effektive tilbydere”.⁹⁵

Dette tyder på at de norske grensene bør settes høyere enn i EU, men noen absolutte grenser er det ikke tale om.⁹⁶

Hva slags karakteristika det aktuelle markedet har er også med i vurderingen. Kan for eksempel andre aktører på markedet erstatte partene på leverandørsiden, er dette med på å motvirke partenes markedsrett. Informasjonstilgangen på markedet er en viktig karakteristika, det samme gjelder produktdifferensiering, tilgjengelig kapasitet og

⁹¹ Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer (2009) s. 182-183.

⁹² Se Retningslinjer fra amerikanske konkurransemyndigheter, Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines, 1992, punkt 1.5.

⁹³ Se Kommisjonens meddelelse om retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ 2004 C 31/03, avsnitt 19-20.

⁹⁴ A2000-26, Statkraft/Vestfold Kraft og Skiensfjordens Kommunale Kraftselskap AS.

⁹⁵ A2000-26, Statkraft/Vestfold Kraft og Skiensfjordens Kommunale Kraftselskap AS.

⁹⁶ Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer (2009) s. 525.

innovasjon.⁹⁷ Videre kan hva slags avtaleformer markedet preges av være av betydning. Evensen forklarer dette slik:

”... det er vanskeligere å etablere varige bindinger dersom kontraktene inngås etter anbudprosesser, enn i et marked hvor kontrakter inngås fortløpende. Konkurransbegrensninger i langvarige kontrakter er selvsagt mer inngripende enn der hvor avtalene jevnlig er gjenstand for ny konkurranse.”⁹⁸

Gjennomgangen av de ulike leddene i den økonomiske analysen som er foretatt over er ikke en fullstendig redegjørelse, andre vurderingsmomenter kan også bli gjeldende i analysen av en konkret sak. Dette er ment som en gjennomgang av momentene som oftest vil være aktuelle, og den videre fremstillingen bygger på vurderingsmomentene som er skissert i dette kapittelet.

2.3 Iboende begrensninger

2.3.1 Nærmere presentasjon av samarbeidsformer

2.3.1.1 Avtaler om felles produksjon

Avtaler om felles produksjon innebærer at partene danner et felles produksjonsanlegg og går sammen om hele eller deler av sin produksjon i et joint venture.

Kommisjonen har definert et joint venture som et foretak som er underlagt to eller flere økonomisk uavhengige samarbeidsparters felles kontroll.⁹⁹ Partene i joint venture skyter inn omtrent like store midler og deler kostnader solidarisk. Et joint venture-samarbeid kan være inngått for ett enkelt prosjekt, eller som et mer langsiktig samarbeid. Joint ventures er et løst begrep, og det kan være store variasjoner mellom ulike joint ventures.¹⁰⁰ Det skilles mellom to kategorier joint ventures, henholdsvis selvstendige og uselvstendige joint ventures. Reglene for selvstendig joint ventures (full funksjons joint venture), faller utenfor

⁹⁷ Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer (2009) s. 184.

⁹⁸ Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer (2009) s. 183.

⁹⁹ Se XIIIth Report on competition policy, s. 50, punkt 53, Se også Faull & Nikpay s. 348.

¹⁰⁰ Ryssdal s. 20.

denne fremstillingen, disse behandles under fusjonsforordningen.¹⁰¹ Uselvstendige joint ventures (samarbeids-joint ventures), kvalifiserer i utgangspunktet ikke som strukturendringer da de ikke har til formål å etablere en ny aktør.¹⁰² Ved analysen av om horisontale samarbeidsavtaler og horisontale fusjoner har potensiell konkurransebegrensende virkning, benyttes en rekke felles elementer, særlig når det gjelder joint ventures.¹⁰³ Forskjellen mellom full funksjons joint ventures, som behandles under fusjonsforordningen, og samarbeids-joint ventures, som vurderes etter konkurranseloven § 10, er ofte ubetydelig, og virkningene kan derfor være ganske like.¹⁰⁴

Samarbeids-joint ventures kan påvirke konkurransen negativt og ha konkurransebegrensende virkning i strid med § 10, 1. ledd på tre ulike måter.

For det første kan avtaler om felles produksjon direkte begrense konkurransen mellom partene. Avtaler om felles produksjon kan også medføre en samordning av partenes konkurransemessige adferd som leverandører. Og for det tredje kan avtaler om felles produksjon også medføre at en tredjemann på et beslektet marked blir avskjermet på en konkurranseskadelig måte.¹⁰⁵

2.3.1.2 Underleverandøravtaler

Underleverandøravtaler, hvor en part overtar produksjonen av et produkt fra en annen part, blir som regel foretatt i perioder med stor pågang fra kundene, hvor den beste løsningen vil være å foreta et ”dekningskjøp” hos konkurrenten så kontraktene med kundene kan bli opprettholdt.¹⁰⁶ Konkurrenten opptrer som underleverandør.

Et skille går mellom enkeltstående underleveranseavtaler og mer varige

¹⁰¹ Se fusjonsforordningen.

¹⁰² Ryssdal s. 243.

¹⁰³ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 21.

¹⁰⁴ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 21.

¹⁰⁵ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 157-159.

¹⁰⁶ Norsk konkurranserett s. 398.

underleveranseavtaler. Dersom et underleverandørforhold bare gjelder enkeltstående tilfeller av kjøp og salg i markedet uten mer omfattende forpliktelser, vil ikke disse omfattes av forbudet i første ledd.¹⁰⁷ Så lenge enkeltstående kjøp og salg ikke er en del av et bredere forretningsforhold, vil heller ikke flere slike enkeltstående kjøp og salg omfattes av forbudet i første ledd.¹⁰⁸ Enkeltstående prosjektsamarbeid kan fort utvikle seg til å bli mer permanente ordninger mellom konkurrentene, og kan snarere arte seg som en distribusjonsavtale, hvor distributøren vil bli påvirket av prisene leverandøren fastsetter. Distribusjonsavtalen fremstår i disse tilfellene som en vertikal avtale, men selv om leveranseavtaler fremstår som vertikale avtaler, vil de kunne regulere konkurransen mellom konkurrenter dersom de etablerer et bredere distribusjons- eller forretningsforhold. Det er dermed i realiteten snakk om en horisontal avtale. Dette kan føre til en konkurransebegrensning som vil bli rammet av forbudet i § 10, 1. ledd.¹⁰⁹

Ved varige underleveranseforhold må det analyseres om samarbeidet har konkurransebegrensende virkning i strid med § 10, 1. ledd. Dette er temaet for kapittel 2.3.3-2.3.5.

2.3.1.3 Spesialiseringsavtaler

Spesialiseringsavtaler er avtaler der partene spesialiserer sin produksjon. I retningslinjene skilles det mellom ”ensidige spesialiseringsavtaler” og ”gjensidige spesialiseringsavtaler”. Definisjonen som blir gitt på ensidige spesialiseringsavtaler er som følger:

”... aftaler mellem to parter, som er aktive på samme produktmarked eller markeder, hvorved den ene part indvilliger i helt eller delvis at ophøre med at producere bestemte produkter eller afstå fra at producere disse produkter og at købe dem hos den anden part, som indvilliger i at producere og levere produkterne”.¹¹⁰

¹⁰⁷ Retningslinjene for anvendelsen av artikkel 81 (3), avsnitt 89.

¹⁰⁸ Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelsen af EF-traktatens artikkel 81 på horisontale samarbejdsavtaler, EFT 2001/C3/02, avsnitt 89.

¹⁰⁹ Norsk konkurranserett s. 398.

¹¹⁰ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 152.

Gjensidige spesialiseringsavtaler blir definert som:

”...aftaler mellem to eller flere parter, som er aktive på samme produktmarked(er), hvorved to eller flere parter på gensidig vis indvilliger i helt eller delvis at ophøre med eller afstå fra at producere bestemte, men anderledes produkter og at købe disse produkter hos de andre parter, som indvilliger i at producere og levere dem”.¹¹¹

Dersom partenes markedsandel er høyere enn 20 %, må det analyseres om samarbeidet har konkurransebegrensende virkning i strid med § 10, 1. ledd. Dette er temaet for kapittel 2.3.3-2.3.5. Spesialiseringssavtaler hvor partenes markedsandel er lavere enn 20 %, er omfattet av gruppefritaket for spesialiseringssavtaler,¹¹² dette vil bli nærmere drøftet i kapittel 3.3.

2.3.2 Begrenset konkurranse i produksjonen

Dersom konkurrentene har en avtale om felles produksjon som ikke berører salg av produktene, er den store bekymringen at avtalen vil kunne medføre at konkurrentenes produksjonskostnader tilnærmer seg hverandre. Dette kan føre til at prisene på produktene selskapene produserer i fellesskap tilnærmer seg hverandre.¹¹³

Når det gjelder hvordan felles produksjon kan medføre en tilnærming i pris, har Kolstad forklart det slik:

”Markedsprisen fastsettes på bakgrunn av de kostnader som er forbundet med å produsere varen, med et tillegg for den fortjenestemargin som kreves innenfor den aktuelle bransje. Dersom to konkurrenter produserer produkt A i hver sin produksjonsenhet, vil produksjonskostnadene kunne være forskjellige, for eksempel som følge av at den ene produsenten er mer effektiv og produserer til lavere kostnader enn den andre. Den effektive produsenten vil i et konkurransemarked sette prisen lavere enn konkurrenten, som tvinges til å produsere mer effektivt for å møte konkurransen eller sette ned prisen

¹¹¹ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 152.

¹¹² Gruppefritaket for spesialiseringssavtaler.

¹¹³ Norsk konkurranserett s. 391.

på bekostning av profittmarginen. Usikkerheten om konkurrentens produksjonskostnader vil føre til at produsentene hele tiden vil bestrebe seg på å få produksjonskostnadene ned, noe som har gunstig innvirkning på priskonkurransen. Dersom de to produsentenes produksjon flyttes inn i ett produksjonsanlegg, eventuelt at produksjonen ved flere produksjonsanlegg samordnes, vil produsentene få de samme gjennomsnittskostnader ved produksjonen, og usikkerheten om konkurrenten vil kunne produsere mer effektivt vil fjernes.”¹¹⁴

Det blir altså lite potensial for konkurranse. Om en avtale om felles produksjon fører til at produksjonskostnadene til konkurrentene nærmer seg hverandre, avhenger av hvor mye av produksjonen samarbeidet omfatter. Dersom produktet i sin helhet produseres i fellesskap, vil dette føre til lite rom for priskonkurranse mellom de felles produserende avtalekonkurrenter. Gjelder avtalen om felles produksjon derimot bare en mindre komponent, vil normalt ikke dette føre til en konkurransebegrensende tilnærming av produksjonskostnader.¹¹⁵

Når det gjelder underleverandøravtaler har Kolstad forklart hvorfor det er nærliggende å anta at ”leverandørens” prissetting vil påvirke ”distributørens” priser slik:

””distributørens” utsalgspris for de varer foretaket kjøper fra leverandøren, vil normalt fastsettes på bakgrunn av innkjøpskostnaden tillagt den profittmargin som er vanlig i den aktuelle bransje. ”Leverandøren” vil således med relativt god treffsikkerhet kunne beregne seg frem til videresalgsprisen på varene. Dette er ”distributøren” klar over. Samtidig er det nærliggende at ”distributøren” vil prise egenproduserte varer likt med innkjøpte varer. Prissettingen i distribusjonsavtalen vil således kunne tjene som et referansepunkt for begge aktørers prissetting ved salg til etterspørerne, og føre til en tilnærming i prisene og redusert konkurranse mellom det som i realiteten er to konkurrerende tilbydere.”¹¹⁶

Varige leveranseavtaler vil, spesielt når det kommer til konkurranseparameteren pris, med stor sannsynlighet kunne begrense konkurransen. De vil gjennomgående bli rammet av

¹¹⁴ Norsk konkurranserett s. 391.

¹¹⁵ Norsk konkurranserett s. 391.

¹¹⁶ Norsk konkurranserett s. 399.

forbudet i § 10, 1. ledd, og sjelden oppfylle vilkårene som fritar fra forbud i § 10, 3. ledd.¹¹⁷

Jæren tingretts avgjørelse i Jærkylling AS mot Nortura SA¹¹⁸ er et eksempel på begrenset konkurranse på produksjonen. Dommen gjelder et krav om leveranse av råvarer etter en samarbeidsavtale mellom Jærkylling AS og Nortura SA. Cardinal Foods-eide Jærkylling AS krevde leveranse av kylling fra selskapenes felles slaktelinje Nærbø Kyllingslakt, hvor selskapene i utgangspunktet er likeverdige eiere. Jærkylling mente at Nortura brøt en avtale regulert av Nærbø Kyllingslakt ved å holde igjen leveranse de har forpliktet seg til å levere. Nortura mente de ikke brøt den aktuelle avtalen. Jærkylling fikk medhold i sin tolkning av samarbeidsavtalen. Jærkylling har ikke egne produsenter, alle produsentene er Nortura-bønder. På grunn av lavere salg, besluttet Nortura å begrense kyllingproduksjonen fra 11 til 15 prosent i hele Norge. Dette begrenser tilgangen til råvarer for Jærkylling, som på sin side hadde et økende behov for kyllingslakt.

I praksis gjaldt dommen i stor grad avtaletolkning. Retten forklarer hovedproblemet i saken i innledningen av sine merknader i dommens kapittel 4 slik:

”Hovedsaken gjelder spørsmålet om Nortura har oppfylt sine plikter etter de avtaler som er inngått med Jærkylling. Dette beror dels på en tolkning av avtalene og, hvis Jærkylling vinner frem med sitt tolkningsalternativ, på om avtalene innebærer brudd på konkurranseloven § 10 og hvilken virkning det har for avtalens gyldighet.”¹¹⁹

Dommen er påanket til Gulating lagmannsrett og kan ikke legges til grunn som rettskilde. Det kommer likevel frem en rekke synspunkter i dommen som viser hvordan produksjonssamarbeid er sett på etter norske forhold.

¹¹⁷ Norsk konkurranserett s. 400.

¹¹⁸ Jærkylling mot Nortura.

¹¹⁹ Jærkylling mot Nortura, kapittel 4.

2.3.3 Felles kostnader og annen gjensidig kunnskap påvirker tilpasningen i markedet

Et produksjonssamarbeid som fører til tilnærmet like produksjonskostnader, kan i neste ledd føre til at utsalgsprisene på de ferdigstilte produktene tilnærmer seg hverandre. Markedet vil bli mer gjennomsliktig siden det vil være små marginer å konkurrere på.¹²⁰

Om et slikt samarbeid har konkurransebegrensende virkning, avhenger av partenes styrke på markedet. Når man skal redegjøre for partenes markedsstyrke, tar man utgangspunkt i partenes markedsandel. Dersom markedsandelen ligger under et bestemt nivå, har foretaket sannsynligvis ikke markedsstyrke.¹²¹ Dersom partene ikke har markedsstyrke på det aktuelle markedet, er det lite sannsynlig at en produksjonsavtale vil få konkurransebegrensende virkninger. Partenes avtale er dekket av gruppefritaket for spesialiseringsavtaler¹²² dersom deres markedsstyrke er inntil 20 %. Bare i de tilfeller der markedsstyrken til partene overgår 20 %, trengs en nærmere virkningsvurdering av samarbeidet.

I tilfeller der partenes markedsandel ligger rett over 20 % og konsentrasjonen i markedet er moderat, vil avtalen sjelden virke konkurransebegrensende. Motsatt vil normalt gjelde der konsentrasjonen i markedet er høy, altså at partene har tilstrekkelig høy markedsandel, i et marked med få konkurrenter som gjør markedet oversiktlig.¹²³ Der en eller flere av partene har stor markedsstyrke, kan dette føre til utestenging av andre aktører fra markedet.¹²⁴

I et samarbeid mellom parter som har markedsstyrke, vil en produksjonsavtale som medfører kostnadslikhet kunne få konkurransebegrensende virkning dersom dette gjør det

¹²⁰ Norsk konkurranserett s. 391.

¹²¹ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 169.

¹²² Gruppefritaket for spesialiseringsavtaler.

¹²³ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 170.

¹²⁴ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 168-170.

enklere for partene i samarbeidet å utføre en samordning.¹²⁵ Produksjonskostnadene må i så fall utgjøre en stor del av de variable kostnadene.¹²⁶ Det er større sannsynlighet for en slik samordning dersom partene hadde de variable kostnadene til felles allerede før avtalen ble inngått.¹²⁷

I et konsentrert marked kan det være aktuelt å ta nettverksvirkninger med i vurderingen. Opprettelse av ytterligere forbindelser kan føre til at ”sannsynligheten for samordning ”tipper over”, selv om partenes markedsandeler isolert sett ikke skulle tilsi det.”¹²⁸

Det kan være nødvendig i et samarbeid å regulere produksjonen i fellesskap for at fellesforetakets drift skal fungere. Ved en slik regulering vil partene få kontroll med hverandres produksjon, og det må spørres om en slik avtale kan være konkurransebegrensende i strid med § 10, 1. ledd.

I retningslinjene for horisontalt samarbeid avsnitt 160, gjøres det klart at avtaler som begrenser produksjonen nesten alltid vil rammes av forbudet i § 10, 1. ledd. Det gjøres unntak fra dette

”- når parterne indgår aftale om den produktion, der berøres direkte af produktionsaftalen (f.eks. et joint venture’s kapacitet og produktionsmængde eller den aftalte mængde udliciterede produkter), forudsat at de øvrige konkurrenceparametre ikke udelukkes”.¹²⁹

Gjelder dette, skal avtalen i så fall bli vurdert i lys av hele produksjonsavtalens virkninger på markedet og ikke separat.¹³⁰

¹²⁵ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 176.

¹²⁶ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 178.

¹²⁷ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 177.

¹²⁸ Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer (2009) s. 215.

¹²⁹ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 160.

¹³⁰ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 161.

2.3.4 Informasjonsutveksling

I vurderingen av hvilke typer informasjonsutveksling som vil bli ansett som akseptert og hvilke som vil være konkurransebegrensende, er kapittel 2 i retningslinjene for horisontalt samarbeid retningsgivende.

Skal konkurransen på markedet fungere, må det foreligge en viss informasjonsflyt. Etterspørre er avhengige av informasjon for å holde seg orientert om markedssituasjonen og hvilke tilbud som er gunstige. Konkurrenter er avhengige av informasjon for å ha kunnskap om andre konkurrenters pris, slik at de kan tilpasse seg markedet.¹³¹ Hjelmeng påpeker at

”Også den såkalte frikonkurransemodellen, som kan sies å representere et konkurransemessig ideal, forutsetter fri informasjon.”¹³²

Dessuten vil en viss grad av informasjon om konkurrentenes produksjon ikke være til å unngå. Utveksling av informasjon mellom konkurrenter kan føre til en positiv økning av effektiviteten til konkurrenter, ved at de mest effektive produksjonsmetoder blir benyttet og ved at konkurrentene kan sammenligne deres effektivitet med såkalte ”best practises” i bransjen.¹³³ Hjelmeng nevner som et annet eksempel på positiv virkning av informasjonsutveksling

” den virksomhet mange bransjeorganisasjoner driver ved å samle inn og bearbeide markedsdata, for deretter å distribuere disse til medlemmene.”¹³⁴

Eksempelet er hentet fra retningslinjene for horisontalt samarbeid, og begrunnelsen er at denne type informasjon som regel medfører en forenkling av aktørenes planlegging av markedsstrategier.

¹³¹ Hjelmeng s. 3.

¹³² Hjelmeng s. 3.

¹³³ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 57, jf. Hjelmeng s. 3.

¹³⁴ Hjelmeng s. 3.

Informasjonsutveksling er først og fremst en nødvendig del av et produksjonssamarbeid der produksjonsvolum meldes inn og dette sier noe om hvordan konkurrentene vurderer sine fremtidige salg.¹³⁵ Det kan også være nødvendig med informasjonsutveksling om priser og rabatter som er oppnådd på markedet for å kunne opprettholde effektive samarbeid.

Slik nødvendighet av informasjonsutveksling kommer også Jæren tingrett til i dommen Jærkylling AS mot Nortura SA.¹³⁶ Nortura hevder blant annet at den informasjonsutvekslingen som skjedde mellom de to partene i deres joint venture Nærbø Kyllingslakt, var konkurranserettslig problematisk. Jæren tingrett forklarer lovligheten av informasjonsutvekslingen slik:

”Noe av denne informasjonsutvekslingen er en nødvendig del av samarbeidet, det gjelder i første rekke de produksjonsvolum som meldes inn og som sier noe om hvordan konkurrentene vurderer sine fremtidige salg.”¹³⁷

Retningslinjene påpeker at når informasjonsutveksling inngår som en del av en horisontal avtale, bør vurderingen av om informasjonsutvekslingen er konkurransebegrensende etter § 10, 1. ledd foretas sammen med vurderingen av samarbeidsavtalen.¹³⁸ Det må foretas en selvstendig vurdering av samarbeidet og virkningene det samlet sett vil ha på markedet.¹³⁹ Hjelmeng påpeker at

”der joint venturet forutsetter utveksling av konkurransesensitiv informasjon, vil en normalt måtte begrense utveksling til det som er strengt nødvendig for å unngå konflikt med konkurransereglene. Tilsvarende bør joint venturet organiseres på en måte som så langt mulig begrenser gjensidig innsyn i konkurransesensitiv informasjon, og slik at det ikke skapes informasjonskanaler eller fora der slik informasjon kan utveksles.”

¹³⁵ Retningslinjene for horisontalt samarbeid.

¹³⁶ Jærkylling mot Nortura.

¹³⁷ Jærkylling mot Nortura, kapittel 4.22.

¹³⁸ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 56.

¹³⁹ Hjelmeng s. 10-11.

Dette sies også i Jæren tingretts dom, Jærkylling AS mot Nortura SA. Her uttales det:

”[S]lik retten ser saken, er den resterende informasjonsutvekslingen - f.eks. opplysninger om pris til produsenter, prisøkninger, bonusutbetalinger m.v. – ikke noe som med nødvendighet følger av avtalen. Hvis dette er problematisk konkurranserettslig, er løsningen at denne praksis opphører, men at resten av slakterisamarbeidet fortsetter.”¹⁴⁰

Utteksling av informasjon har også en negativ side. Dette må sees i sammenheng med det sentrale elementet i den frie konkurransen om at uavhengige aktører som tar selvstendige beslutninger på grunnlag av en generell usikkerhet om konkurrentens adferd på markedet.

”Vet konkurrentene for meget om hverandre, kan dette føre til at de går inn i en tilstand av «fredelig sameksistens». “¹⁴¹

Informasjonsutveksling om fremtidige markedstilpasninger mellom konkurrenter kan også fjerne den usikkerheten mellom konkurrentene som er grunnleggende for at det skal foreligge et konkurranseforhold.

Når det er fastslått at det foreligger en avtale, samordnet praksis eller en vedtagelse innenfor en sammenslutning av foretak, bør man sette søkelyset på bekymringer i forbindelse med informasjonsutveksling i produksjonssamarbeid.

Av retningslinjene forstås at

”Ved at øge gennemsigtigheden på markedet kan udvekslingen af strategiske oplysninger lette samordning (dvs. tilpasning) af virksomhedernes konkurrencemæssige adfærd og få konkurrencebegrænsende virkninger.”¹⁴²

¹⁴⁰ Jærkylling mot Nortura, kapittel 4.22.

¹⁴¹ Hjelmeng s. 3, jf. Retningslinjene for horisontalt samarbeid.

¹⁴² Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 65.

Retningslinjene nevner tre måter den økte gjennomsiktigheten som følge av informasjonsutvekslingen kan føre til konkurranseskadelig virkning.¹⁴³ Først nevnes de tilfeller der foretakene gjennom informasjonsutveksling kommer frem til en felles forståelse av vilkårene for samordning, dette kan igjen føre til samordning på markedet, et slags oppkonstruert utfall.

Videre nevner retningslinjene de tilfeller der informasjonsutveksling ved å øke den interne stabilitet på markedet fører til en konkurransebegrensende virkning.

Informasjonsutveksling kan føre til at markedet blir så gjennomsiktig at selskapene enkelt kan føre kontroll med om andre foretak avviker fra samordningen på markedet, slik at de vet når de skal iverksette represalier.

Den siste måten retningslinjene nevner hvor samordning på markedet kan få konkurranseskadelig virkning er der informasjonsutvekslingen øker den eksterne stabiliteten av samordningen på markedet. Informasjonsutveksling kan gjøre det mulig for foretak

”...at kontrollere, hvor og hvornår andre virksomheder forsøger at komme ind på markedet, og dermed iværksætte målrettede tiltag for at imødegå konkurrencen fra den nytilkomne virksomhed.”¹⁴⁴

Retningslinjene peker videre på at informasjonsutveksling ut over å tilrettelegge for samhandling på markedet, også kan medføre en konkurranseskadelig avskjerming på markedet.¹⁴⁵ Når kommersielt følsomme opplysninger blir utvekslet, kan dette være en fordel for de selskaper som er involvert i utvekslingen, mens det kan være en ulempe for selskapene som ikke er involvert. Hva slags informasjon som blir utvekslet er av stor

¹⁴³ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 65-68.

¹⁴⁴ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 68.

¹⁴⁵ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 69.

betydning, kun der opplysningene er av stor og strategisk betydning og omfatter en stor del av det relevante marked, kan den føre til avskjerming.¹⁴⁶

I vurderingen av om informasjonsutvekslingen har en konkurransebegrensende virkning i strid med § 10, 1. ledd, er særlig markedsstrukturen og informasjonsutvekslingens karakteristika relevant faktorer.

Det spiller en vesentlig rolle hva slags karakteristikk det aktuelle markedet har. Det er kombinasjonen av både det eksisterende gjennomsiktighetsnivå og måten informasjonsutvekslingen endrer dette nivået som vil være avgjørende for hvor sannsynlig det er at informasjonsutvekslingen får merkbare begrensende virkninger. I et marked med høy gjennomsiktighet med ensartede priser på produktene, er informasjonsutveksling problematisk. I markeder med få aktører med liknende og stabile kostnader, vil informasjonsutveksling som regel være konkurransebegrensende. Økt gjennomsiktighet i et marked som er konkurranseutsatt og lite konsentrert, vil sannsynligvis forsterke konkurransen mellom aktørene.¹⁴⁷ Markeder med mange tilbydere, vil sannsynligvis ikke bli påvirket i like stor grad av at en leverandør justerer sin opptreden på markedet som følge av mottatt informasjon. Konkurrentenes usikkerhet på aktørens opptreden vil bestå.¹⁴⁸

I et konsentrert marked med få aktører som sammen har stor markedsrett, et oligopol, vil foretakene ha god oversikt over hverandres markedsadferd. Slike markeder er særlig utsatt for at de konkurrerende foretakene tilpasser seg hverandres adferd, selv uten at det foreligger noen enighet mellom dem. Informasjonsutveksling vil kunne føre til at konkurrenter får innsyn i markedsstrategier som vil fjerne usikkerhetsmomentet i markedet. Dette vil føre til en raskere reaksjonstid blant konkurrentene som vil oppnå gjensidige fordelaktige løsninger og fordelene for initiativtakeren vil være kortsiktige.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 70.

¹⁴⁷ Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer (2009) s. 198.

¹⁴⁸ Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer (2009) s. 198.

¹⁴⁹ Se sak C-7/95 P, John Deere mot Kommisjonen, Sml. 1998 s. I-3111, premiss 88.

I markeder der forsynings- og etterspørselsbetingelsene er forholdsvis stabile er det størst sannsynlighet for samordning.¹⁵⁰ Samordninger er dessuten mer sannsynlig i symmetriske markedsstrukturer. I markeder hvor omkostninger, etterspørsel, markedsandeler, kapasitet osv. er homogene, er det større sannsynlighet for at aktørene kan nå frem til en felles forståelse av samordningsbetingelsene, men også i heterogene markedsstrukturer kan informasjonsutveksling gi muligheter til hemmelig samordning. Foretakene kan i disse situasjonene bruke informasjonen om ulikhetene til å utarbeide metoder til å utnytte situasjonen på best måte.¹⁵¹ Selskap som vil operere på et marked i lengre tid, vil med større sannsynlighet samordne sin adferd, ettersom dette vil skape fremtidig fortjeneste.¹⁵²

Som nevnt er informasjonsutvekslingens karakteristika vesentlig for å vurdere de konkurransebegrensende virkninger. Opplysninger som omhandler strategisk informasjon vil minske usikkerheten på markedet og har større sannsynlighet for å omfattes av § 10 enn andre typer informasjonsutveksling. Strategiske opplysninger kan være priser, produksjonsomkostninger, mengder, omsetning, kvalitet, markedsføringsplaner, risiko, investeringer, teknologier, resultater osv. Hvor strategisk viktig informasjonen er, avhenger også av sammensetning, alder, hvilke markedsforhold det er snakk om, samt hyppigheten av utvekslingen.¹⁵³

Informasjonsutveksling får bare konkurransebegrensende virkning der de involverte foretak dekker en tilstrekkelig stor samlet markedsandel av det relevante markedet. Vurderingen må foretas konkret for hver enkelt sak.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Se sak C-7/95 P, John Deere mot Kommisjonen, Sml. 1998 s. I-3111, premiss 78.

¹⁵¹ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 82.

¹⁵² Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 84.

¹⁵³ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 86.

¹⁵⁴ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 87-88.

Opplysninger som er foretaksspesifikke, vil i større grad virke konkurransebegrensende enn opplysninger det er vanskelig å spesifisere til et foretak.¹⁵⁵

Opplysningens alder spiller som nevnt også inn i vurderingen. Utveksling av opplysninger om tidligere forhold gir som regel ikke noen informasjon om konkurrentenes fremtidige adferd eller skaper noen felles forståelse av markedet. I vurderingen av om det er tale om tidligere forhold må det tas med relevante markedskarakteristika, spesielt hvor hyppig prisene gjenforhandles, markedets stabilitet og gjennomskiktighet, men også opplysningens natur og dens hyppighet.¹⁵⁶

Hyppig informasjonsutveksling som gjør det lettere både å skape en bredere felles forståelse av markedet og å føre kontroll med avvik, øker risikoen for hemmelig samordning.¹⁵⁷

Uttekslingen av opplysninger som er offentlige, er normalt ikke et brudd på § 10. Hvis de utvekslede opplysninger stilles til rådighet for samtlige konkurrenter og kunder på like vilkår, er de etter dette ”offentlige”.¹⁵⁸

2.3.5 Spillover-effekt

Et joint venture kan føre til en spillover-effekt på konkurransen mellom morselskapene i tilstøtende markeder. Kommisjonens praksis har tradisjonelt vært streng ved joint ventures, dette kommer blant annet frem av deres avgjørelse i GEC/Weir,¹⁵⁹ der det blir lagt særlig vekt på faren for spillover-effekter.¹⁶⁰ Det har imidlertid vært en utvikling mot mer helhetlig og økonomisk vurdering.

¹⁵⁵ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 89.

¹⁵⁶ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 90.

¹⁵⁷ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 91.

¹⁵⁸ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 92.

¹⁵⁹ Sak L327/26, GEC/Weir, OJ1977, del II, nr. 2.

¹⁶⁰ Se Faull & Nikpay, punkt 6.40.

Spillover-effekt forekommer både der partene er faktiske eller potensielle konkurrenter, og der de ikke er konkurrenter. Risikoen er dog større for en konkurransebegrensende effekt der morselskapene forblir i det samme markedet som joint venturet eller der morselskapene er konkurrenter i et tilstøtende marked, som for eksempel markeder i foregående eller etterfølgende omsetningsledd.¹⁶¹ Som eksempel kan tilførselen av et produkt fra joint venturet til dets mødre begrense konkurransen mellom morselskapene på ett nedstrømsmarked der de ferdige produktene er laget av produktet fra joint venturet.¹⁶² Dette var tilfellet i Vacuum Interrupters¹⁶³, der en avtale mellom forhandlere av koblingsutstyr om å kjøpe vakuumbrytere og komponenter fra joint venturet, begrenset konkurransen i tilgangen til koblingsutstyr. Selv i tilfeller der morselskapene er konkurrenter i et marked som ikke slekter til markedet for joint venturet, kan joint venturet resultere i spillover-effekter av samarbeidet i de andre markeder.¹⁶⁴

Også informasjonsutveksling kan føre til konkurranseskadelig spillover-effekt på et beslektet marked. Retningslinjene for horisontalt samarbeid forklarer dette slik:

” Ved at opnå en tilstrækkelig markedsstyrke gjennom informationsudveksling kan parterne, der udveksler oplysninger på et marked i det foregående omsætningsled, f.eks. vertikalt integrerede virksomheder, blive i stand til at hæve prisen for en nøglekomponent på et marked i det efterfølgende omsætningsled. De kan derved øge deres konkurrenters omkostninger i det efterfølgende omsætningsled, hvilket kan medføre konkurrenceskadelig afskærmning på markedet i dette led.”¹⁶⁵

Etableringen av et joint venture kan skape nære bånd mellom eierne. Det kan da være aktuelt å definere det tilknyttede marked for å vurdere konkurransesituasjonen der. Dette markedet er sannsynligvis relevant dersom markedene er innbyrdes avhengige av

¹⁶¹ Bellamy & Child (fourth edition), s. 239.

¹⁶² Bellamy & Child (fourth edition), s. 239.

¹⁶³ Sak L 48/32, Vacuum Interrupters, EFT 1977.

¹⁶⁴ Se Sak L327/26, GEC/Weir, OJ1977, jf. Bellamy & Child (fourth edition), s. 240.

¹⁶⁵ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 71.

hverandre og partene har en sterk stilling på spillover-markedet.¹⁶⁶ Partene i et prosjektsamarbeid vil ofte oppnå kunnskap om hverandres strategier eller kostnadsstrukturer, dette skaper spørsmål angående spillover-effekter på partenes øvrige foretak.

Retningslinjene for horisontalt samarbeid klargjør situasjonen for samarbeids-joint ventures i avsnitt 156:

”En produksionsaftale kan også have afsmittende virkninger (”spill over”-virkninger) på tilstødende markeder i forhold til det marked, der berøres direkte af samarbejdet, f.eks. på markeder i de foregående eller efterfølgende omsætningsled (de såkaldte ”spill over”-markeder)”.¹⁶⁷

Retningslinjene henviser videre til fusjonsforordningen artikkel 2 (4) ved forklaringen av spillover-markedet.

Dermed vil reglene i fusjonsforordningen også være relevante for samarbeids-joint ventures som omhandles i denne fremstillingen. Dette er en logisk løsning, da de samme problemstillinger, som struktur og markedsandeler mv. like gjerne knytter seg til samarbeids-joint ventures som fullfunksjons joint ventures.

Etter fusjonsforordningen artikkel 2 (4) vurderes spillover-effekt ved joint ventures etter traktatens artikkel 81 (1) og (3), nå TFEU artikkel 101 (1) og (3):

”I det omfang, hvor etableringen af et joint venture, som udgør en fusion efter artikel 3, har til formål eller til følge at samordne fortsat uafhængige virksomheders konkurrenceadfærd”.¹⁶⁸

Fusjonsforordningen sier videre i artikkel 2 (5) at Kommisjonen i vurderingen skal ta hensyn til

¹⁶⁶ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 156.

¹⁶⁷ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 156.

¹⁶⁸ Fusjonsforordningen, artikkel 2 (4).

” - om der samtidig findes to eller flere stiftende virksomheder, som på markant vis gør sig gældende på samme marked som joint venture-selskabet eller på et marked i et tidligere eller efterfølgende led i forhold til dette marked eller på et beslægtet marked, som er nært forbundet med dette marked
- om de deltagende virksomheder i kraft af deres samordning, der direkte skyldes joint venture-selskabets oprettelse, har mulighed for at hindre konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer og tjenesteydelser.”¹⁶⁹

Det vil si at Kommisjonen må se ut over selve avtalen og eventuelle tilknyttede begrensninger når de vurderer et joint venture, og også vurdere andre koordineringer av konkurransebegrensende adferd mellom uavhengige foretak, altså spillover-effekten av samarbeidet.¹⁷⁰

2.4 Ancillary restraints

Dersom samarbeidet ikke inneholder noen iboende begrensninger, må man vurdere det andre hovedspørsmålet i analysen, om avtalen inneholder øvrige begrensninger på konkurransen i strid med forbudet i § 10, 1. ledd.

I sakene som har vært oppe for EU-domstolen hvor tilknyttede begrensninger har vært med i vurderingen, har det ikke blitt foretatt noen separat virkningsanalyse av de tilknyttede begrensningene. Dersom hovedformålet ikke er konkurransebegrensende, er det tilstrekkelig å vurdere om hovedtransaksjonen er avhengig av den tilknyttede begrensningen for å kunne la seg gjennomføre, samt å vurdere om den tilknyttede begrensning vil føre til en streng begrensning av formålet til hovedtransaksjonen eller ikke. Kolstad forklarer det slik:

”Læren om tilknyttede begrensninger innebærer således ikke en avveining mellom positive og negative sider ved en avtale slik en vurdering av en i utgangspunktet konkurransebegrensende avtaler etter 3. ledd innebærer. Hovedtransaksjonen anses således, i hvert fall implisitt, for å være så ønskelig at det kan rettferdiggjøre eventuelle konkurransebegrensninger en tilknyttet begrensning vil føre til,

¹⁶⁹ Fusjonsforordningen, artikkel 2 (5).

¹⁷⁰ Norsk konkurranserett s. 748.

uten at det er nødvendig å gå inn på en detaljert analyse av hhv. hovedtransaksjonens og den tilknyttede begrensnings virkninger i det konkrete tilfelle for å verifisere om antagelsen slår til.”¹⁷¹

Retningsgivende for hvordan det skal vurderes om det foreligger ancillary restraints er førsteinstansrettens uttalelser i *Métropole télévision M6*.¹⁷² Den gav følgende definisjon:

”I Fællesskabets konkurrenceret omfatter begrebet accessorisk begrensning enhver begrensning, der har direkte forbindelse med og er nødvendig for en hovedtransaksjon.”¹⁷³

En konkurranseklausul kan være en ancillary restraint. Konkurranseklausuler kan defineres som en klausul hvor en eller flere parter forplikter seg til ikke å etablere foretak i konkurranse med de varer og tjenester som omfattes av joint venturet, typisk ikke etablere konkurrerende produksjon. En slik avtalemessig begrensning er som regel en tilknyttet begrensning og inngår i avtaler om noe annet, som for eksempel oppstart av nytt foretak, salg av foretak, joint venture-samarbeid etc. Det er behov for enkelte slike konkurransebegrensende avtaler ved etablering av joint ventures. Tankegangen er at dersom joint venturet og de tilknyttede begrensningene totalt sett ikke begrenser konkurransen, burde ikke forbudet i § 10, 1. ledd legge skranker på etableringen.¹⁷⁴

Den økonomiske begrunnelsen for at en konkurranseklausul skal anses å være en ancillary restraint er å beskytte transaksjonsverdien for kjøperen av foretaket. Ved etablering av joint ventures, flyttes den økonomiske disposisjonsretten over til felles kontroll. Kjøper skal få utnytte den knowhow og goodwill som inngår ved fusjonen uten konkurranse fra selgeren.¹⁷⁵ Uten en slik beskyttelse, vil den økonomiske risikoen for kjøper være stor, og sannsynligheten for at fusjonen blir gjennomført være liten.

¹⁷¹ Norsk konkurranserett s. 280.

¹⁷² Se Sak T-112/99, *Métropole télévision /M6 m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-2459. (Heretter *Métropole télévision*).

¹⁷³ Se *Métropole télévision*, avsnitt 104.

¹⁷⁴ Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer (2009) s.603.

¹⁷⁵ Se Kommissionens meddelelse om konkurrencebegrensninger, der er direkte knyttet til og

Ved etableringen av joint ventures, er det akseptert en begrensning i konkurransen i forhold til eierne og at den nye bedriften tilføres nødvendige ressurser for å kunne utføre sin forretningsvirksomhet. Dette begrunnes med at det nye joint venturet må settes i stand til å konkurrere på lik linje med eksisterende konkurrenter på markedet. Det går her en grense mellom å tilpasse joint venturet inn i et marked og å benytte joint venturet til å inngå avtaler med konkurransebegrensende effekt mellom eierne, slik at joint venturet i realiteten vil være et forbudt kartell. Det er derfor viktig at restriksjonene som godtas i forbindelse med etableringen av et joint venture inngår i nyetableringen, slik at begrensningene vil være direkte relatert til virksomheten i joint venturet. Dersom avtalevilkårene er av en inngripende art, vil det også foreligge krav om tidsbegrensning, slik som for rene bedriftsoverdragelser.¹⁷⁶

Der partene er aktuelle eller potensielle konkurrenter til joint venturet og det ikke foreligger noen konkurranseklausul forklarer Bellamy & Child det slik:

”In most cases there will be express provisions in the JV agreements which preclude the parents from engaging in the field of the JV during its operation. Even without such express provisions, the Commission is likely to conclude that, where the parents are actual or potential competitors, the JV has the object, or at least the foreseeable effect, of restricting competition contrary to Article [101 (1)].”¹⁷⁷

Bellamy & Child viser i deres fremstilling til Kommisjonens avgjørelse i GEC/Weir¹⁷⁸ der Kommisjonen uttaler:

”... Within the field of the joint venture and in related fields such parties are likely to coordinate their conduct and be influenced in what would otherwise have been their independent decisions and

nødvendige for gjennomførelsen af fusioner, OJ 2005/C 56/03, avsnitt 18.

¹⁷⁶ Norsk konkurranserett s. 749.

¹⁷⁷ Bellamy & Child (fourth edition), s. 236.

¹⁷⁸ Sak GEC/Weir, OJ1977 L327/26.

activities. Where the parent parties are actual or potential competitors their participation in a joint venture is accordingly likely to impair free competition between them, regardless of explicit restrictive provisions to that effect.”¹⁷⁹

Kommisjonen sier med dette at det ligger i joint ventures natur at partene hverken vil konkurrere med joint venturet eller med hverandre i området for joint venturet.¹⁸⁰

Ved redegjørelsen av hva som kan anses å være ancillary restraints, må det klargjøres hva som menes med ”direkte forbindelse med” og ”nødvendig” for hovedtransaksjonen.

Skal en tilknyttet begrensning være direkte relatert til gjennomføringen av hovedtransaksjonen, må den tilknyttede begrensningen og hovedtransaksjonen ha en åpenbar sammenheng med hverandre. Videre må den tilknyttede begrensningen være underordnet hovedtransaksjonen. At konkurranseklausulen er direkte knyttet til etableringen av joint venturet innebærer at den må være avledet av foretakssammenslutningen. Begrensningen må dessuten inngå i et felles avtaleverk som er inngått ved etableringen av joint venturet. I Métropole télévision forklarer førstinstansretten konkurransebegrensninger som direkte tilknyttet dersom de

”er af underordnet karakter i forhold til denne transaktions gennemførelse, og som har åbenbar sammenhæng med gennemførelsen af transaksjonen”.¹⁸¹

For å vurdere om en tilknyttet begrensning er nødvendig for gjennomføringen av hovedtransaksjonen, må det foretas en toleddet test, begrensningen må være:

”...nødvendige for at overføre den overdragede virksomhed, og at deres gyldighedsperiode og anvendelsesområde er strengt begrenset til det formål”.¹⁸²

¹⁷⁹ Sak GEC/Weir, OJ1977 L327/26, avsnitt II 2 (A)(I).

¹⁸⁰ Bellamy & Child (fourth edition) s. 236.

¹⁸¹ Métropole télévision, avsnitt 105.

¹⁸² Sak 42/84, Remia BV and others mot Kommisjonen, Sml. 1985 s. 2545, avsnitt 19 og 20.

Uttalelsen kommer fra EU-domstolens avgjørelse i Remia, hvor et konkurranseforbud som var pålagt selgeren av et foretak ikke ville rammes av forbudet i artikkel 81 (1) dersom konkurranseforbudet var nødvendig og direkte knyttet til etableringen av joint venturet. Domstolens begrunnelse var at ingen kjøpere vil ta risikoen om at selgeren åpnet et konkurrerende foretak etter salget, da selgeren vil dra fordel av sin opparbeidede goodwill.

I nødvendighetsvurderingen skal konkurransebegrensningen vurderes i forhold til hvilken betydning den har for gjennomførelsen av hovedtransaksjonen, om avtalen vil være vanskelig eller umulig å gjennomføre uten de tilknyttede begrensninger. Vurderingen skal være objektiv og ikke vektlegge partenes subjektive forutsetninger.¹⁸³

Men begrensningene må heller ikke gå ut over det som er nødvendig for å gjennomføre joint venturet. Kommisjonen tolker en rimelighetsstandard inn i nødvendighetskravet, begrensningen kan altså ikke gå ut over det som med rimelighet er nødvendig.¹⁸⁴ Det må altså foretas en proporsjonalitetstest, her vil varigheten og omfanget av begrensningen være relevante momenter.

Kommisjonen har i en rekke avgjørelser avveid hva som skal anses som aksessoriske begrensninger ved etableringen av et joint venture. En sammenfatning av denne praksis er nå å finne i Kunngjøringen av 5. mars 2005 del IV.¹⁸⁵ Et forbud som er rettet mot produktene, tjenesteytelsene og områdene vedtektene omfatter kan aksepteres. Begrunnelsen er at dette kan være nødvendig for at eierne i joint venturet skal utnytte goodwill, knowhow og andre innsatsfaktorer som overføres av eierne. Gjennom Kommisjonens praksis forsøkes det å trekke opp en grense mellom

¹⁸³ Métropole télévision, uttalelsen i avsnitt 109.

¹⁸⁴ Se Kommissionens meddelelse om konkurrencebegrensninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for gjennomførelsen af fusioner, OJ 2005/C 56/03, avsnitt 13.

¹⁸⁵ Kommissionens meddelelse om konkurrencebegrensninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for gjennomførelsen af fusioner, OJ 2005/C 56/03.

konkurransbegrensninger som er nødvendige for at nye joint ventures skal kunne etableres og konkurransbegrensninger som er uforholdsmessig tyngende for selger/eier.

Som et eksempel på en sak der en klausul mellom konkurrenter om konkurranseforbud ikke kvalifiserte som ancillary restraint vises til Kommisjonens avgjørelse om det irske joint venture Synergen mellom ESB og Statoil.¹⁸⁶ Her måtte klausulen som forhindret Statoil i å komme inn på markedet som uavhengig aktør samt å delta i konkurrerende prosjekter fjernes for at Kommisjonen kunne godkjenne joint venturet.

I motsatt retning anså Kommisjonen en konkurranseklausul for å være en ancillary restraint i deres avgjørelse Elopak/Metal Box-Odin.¹⁸⁷ I denne saken var det forventet at et av produktene utviklet av joint venturet Odin, i en viss grad ville konkurrere med et eksisterende produkt fra morselskapet Metal Box. Det fantes ingen konkurranseklausul for å forhindre konkurranse mellom joint venturet og dets mødre. Kommisjonen mente at den omfattende bestemmelsen som ville følge dersom joint venturet skulle avikles eller oppløses, som gav lik tilgang til teknologien i joint venturet, sikret at ingen begrensninger på konkurransen ville følge av samarbeidet.¹⁸⁸

3 Unntak

3.1 Innledning

Som fremstillingen i kapittel 2 har vist, vil enkelte produksjonssamarbeid inneholde konkurransbegrensninger i strid med forbudet i § 10, 1. ledd. Det blir derfor relevant med

¹⁸⁶ Sak IP/02/792, om det irske joint venturet Synergen mellom ESB og Statoil. (Kun pressemelding tilgjengelig.)

¹⁸⁷ Sak L 209/15, Elopak/Metal Box-Odin, OJ 1990.

¹⁸⁸ Sak L 209/15, Elopak/Metal Box-Odin, OJ 1990, avsnitt 33.

en redegjørelse av om slike samarbeid oppfyller vilkårene for ett av unntakene i forbindelse med forbudet i § 10, 3. ledd.

Kravet om at samarbeidet må påvirke konkurransen merkbart, som Kommisjonen har tolket inn som et vilkår for at et samarbeid kan anses å få en konkurransebegrensende virkning gjør avtaler som ikke kan sies å ha en slik merkbar påvirkning på konkurransen til et slags ”unntak”.

Videre oppstiller konkurranseloven § 10, 3. ledd to typer unntak. For det første er det gitt generelle unntak fra forbudet i første ledd for visse kategorier av avtaler.

Gruppefritaksforordningen for spesialiseringsavtaler¹⁸⁹ utstedt av Kommisjonen er et slikt generelt unntak. Hensikten med dette unntaket er å gi et unntak for produksjonssamarbeid mellom parter med moderat markedsandel, da slike typer samarbeid normalt medfører økonomiske fordeler som oppveier de konkurransebegrensende virkninger slike samarbeid eventuelt medfører.

For det andre er det i tredje ledd oppstilt at avtaler i konkrete saker kan unntas fra forbudet dersom fire kumulative vilkår er oppfylt. Avtaler som oppfyller disse betingelsene er tillatt, uten at det er behov for å treffe et vedtak om det, regelen har direkte virkning.¹⁹⁰

3.2 Merkbarhetskravet

EU-domstolen har slått fast at et tiltak må ha en merkbar påvirkning på konkurransen for at det skal kunne være forbudt etter konkurransebegrensningsbestemmelsen. Dette kravet ble innfortolket av EU-domstolen i *Société Technique Minière*.¹⁹¹ Domstolen uttalte her:

”[H]vis der ved en undersøgelse af bestemmelser ikke kan fastslås nogen begrænsning af konkurrencen der er tilstrækkelig skadelig, må der foretages en undersøgelse af aftalens virkninger; og

¹⁸⁹ Gruppefritaket for spesialiseringsavtaler.

¹⁹⁰ Gruppefritaket for spesialiseringsavtaler.

¹⁹¹ Se sak 56/65, *Société Technique Minière* mot *Maschinenbau Ulm*, Sml. 1965-68 s. 282.

for at aftalen skal kunne omfattes af forbudet må der foreligge omstændigheder, der i sin helhed har ført til, at konkurrencen faktisk er hindret eller mærkbart innskærpet eller fordrejet.”¹⁹²

Avgjørende når det gjelder avtaler med konkurransebegrensende formål, er domstolens avgjørelse i Völk.¹⁹³ Er ikke merkbarhetskravet oppfylt, rammes ikke samarbeidet av forbudet i § 10, 1. ledd. Kravet kalles gjerne ”de minimis-regelen”.

Begrunnelsen for de minimis-regelen er at avtaler med relativt begrenset markedsandel ikke antas å kunne ha noen merkbar påvirkning på konkurransen.¹⁹⁴ Domstolene og konkurransemyndighetene trenger dermed ikke bruke tid og ressurser på avtaler med små konkurransebegrensende virkninger.¹⁹⁵

I retningslinjene for horisontalt samarbeid heter det at

”Hvad der skal betragtes som en ”lille markedsandel tilsammen” afhænger af den pågældende aftaletype og kan udledes af de tærskler for legalitetsformodning (”safe harbour”), der er fastsat i de forskellige kapitler i disse retningslinjer og, mere generelt, af Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, i traktaten om oprettelse af det Europæiske Fællesskab”.¹⁹⁶

Retningslinjene for horisontalt samarbeid og Kommisjonens bagatellkunngjøring¹⁹⁷ blir etter dette retningsgivende.

¹⁹² Se sak 56/65, Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm, Sml. 1965-68 s. 282.

¹⁹³ Se sak 5/69, Völk mot Vervaecke, Sml. 1969 s. 69, premiss 5.

¹⁹⁴ Bagatellmeddelelsen, avsnitt 7.

¹⁹⁵ Norsk konkurranserett s. 288.

¹⁹⁶ Retningslinjene for horisontale samarbeid, avsnitt 44.

¹⁹⁷ Bagatellmeddelelsen.

Bagatellkunngjøringen er ikke bindende for nasjonale domsstoler og konkurransemyndighetene, men har stor praktisk betydning ved tolkningen av konkurransereglene, dette kommer frem av kunngjøringens avsnitt 4:

”I sager der er omfattet af denne meddelelse, vil Kommissionen verken efter anmodning eller på eget initiativ indlede en procedure. Når virksomheder i god tro antager at en aftale er omfattet af denne meddelelse, vil Kommissionen ikke pålægge dem bøder. Selv om denne meddelelse ikke er bindende for medlemsstadernes domstole og myndigheder, tilsigter den at vejlede disse i forbindelse med deres anvendelse af artikel 81.”¹⁹⁸

I bagatellkunngjøringen nevner Kommisjonen at små og mellomstore foretak sjelden vil påvirke konkurransen på markedet merkbart. Kunngjøringen beskriver hva som går under betegnelsen små og mellomstore bedrifter som

” virksomheder, som har færre end 250 ansatte og som har enten en årlig omsætning, der ikke overstiger 40 millioner euro, eller en årlig samlet balance, der ikke overstiger 27 millioner euro.”¹⁹⁹

Denne regelen må ses på som et uttrykk for EUs policy rettet mot små og mellomstore bedrifter og er derfor ikke relevant under konkurranseloven.

For å definere om konkurransebegrensningen anses som merkbar, må partenes markedsakt defineres. Utgangspunktet for å definere markedsakten er partenes markedsandeler.

Kommisjonen oppstiller i bagatellkunngjøringen terskelverdier for hvor stor markedsandelen til de samarbeidende partene må være for at konkurransen skal anses som merkbar. Terskelverdiene benyttes i de tilfeller det ikke lar seg gjøre å klassifisere en avtale mellom konkurrenter på markedet.²⁰⁰ Dersom avtalepartene i horisontale avtaler har en

¹⁹⁸ Bagatellmeddelelsen, avsnitt 4.

¹⁹⁹ Bagatellmeddelelsen, avsnitt 3.

²⁰⁰ Norsk konkurranserett s. 293.

markedsandel under 10 prosent, faller de i utgangspunktet utenfor forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Avtalepartene kan allikevel ikke inngå alvorlige konkurransebegrensende avtaler som for eksempel prissamarbeid, begrensning av produksjonen og salg eller markedsdeling.²⁰¹ Kunngjøringens avsnitt 9 supplerer terskelverdien for horisontale avtaler og øker den dersom grensen på 10 prosent to år på rad ikke overskrides med mer enn 2 prosent. Samlet blir markedsandelsterskelen da 12 prosent.²⁰²

Det er viktig å presisere at bagatellkunngjøringen kun definerer konkurransebegrensning som ikke anses som merkbar. Den innebærer ikke at avtaler som overstiger terskelverdiene automatisk begrenser konkurransen merkbart.²⁰³

3.3 Gruppefritak for spesialiseringsavtaler

Kommisjonen gir i TFEU artikkel 101 (3) unntak fra forbudet om konkurransebegrensende samarbeid i artikkel 101 (1). TFEU artikkel 101 tilsvarer som nevnt konkurranseloven § 10. Dersom de fire vilkår som er angitt i artikkel 101 (3) er oppfylt, vil samarbeidet automatisk bli unntatt fra forbudet i artikkel 101 (1). Foretakene har selv ansvar for å vurdere lovligheten av samarbeidet etter artikkel 101 og også § 10, men konkurranseloven § 10, 4. ledd gir konkurransemyndighetene tillatelse til å utforme forskrifter for visse grupper av avtaler. Spesialiseringsavtaler er en av disse gruppefritakene. Dette fritaket tilsvarer Kommisjonsforordning Nr. 1218/2010²⁰⁴ som også er gjort til en del av EØS-avtalen og innkorporert i norsk rett gjennom forskrift.²⁰⁵ Kommisjonen gir i deres forordning om gruppefritak for spesialiseringsavtaler omfattende retningslinjer for anvendelsen av artikkel 101.

²⁰¹ Bagatellmeddelelsen, avsnitt 7 a.

²⁰² Bagatellmeddelelsen, avsnitt 9.

²⁰³ Bagatellmeddelelsen, avsnitt 2.

²⁰⁴ Gruppefritaket for spesialiseringsavtaler.

²⁰⁵ Forskrift om endring i forskrift om materielle konkurranseregler i EØS-avtalen, 21. februar 2011 nr. 186, kapittel V.

Det nye gruppefritaket samsvarer i det vesentlige med de gamle gruppefritaksreglene, og vilkårene for fritak er de samme. Er samarbeidet omfattet av gruppefritaket for spesialiseringsavtaler, er det ikke nødvendig med en videre vurdering av vilkårene for individuelt unntak etter tredje ledd. Hensikten med gruppefritaksordningen er å gjøre vurderingen for foretakene enklere. Foretak som oppfyller vilkårene som oppstilles i et gruppeunntak har en "safe harbour". Gruppefritaksordningen fungerer også som en veiledning for konkurransemyndighetene ved håndhevelse av artikkel 101.

Gruppefritaket for spesialiseringsavtaler omfatter avtaler om ensidig spesialisering²⁰⁶, gjensidige spesialiseringsavtaler²⁰⁷, samt avtaler om felles produksjon.²⁰⁸

Dersom samarbeidet om felles produksjon tilfredsstiller forskriftenes krav, vil både enkeltprosjekter og andre prosjekter være fritatt fra konkurranseforbudet i § 10.

Begrunnelsen for gruppefritaket er at så lenge partene i et rent produksjonssamarbeid ikke har en stor markedsandel, vil det ikke kunne føre til store konkurransebegrensende virkninger. Og så lenge partenes samlede markedsandel ikke overstiger 20 prosent av det relevante marked omfattes samarbeidet av gruppefritaket. Slike avtaler vil kunne føre til store effektivitetsgevinster ved at partene kan oppnå stordriftsfordeler, spesialiseringsgevinster osv, som i all hovedsak vil oppveie produksjonssamarbeidets negative virkninger.

Artikkel 5 bokstav a-e i forskriften²⁰⁹ gir veiledning i hvordan beregningen av partenes samlede andel av markedet skal utføres. Omsetningen beregnes med utgangspunkt i salgsverdien foregående kalenderår. Forsvarlige estimer om salgsverdien kan benyttes hvis salgsverdien ikke er tilstrekkelig opplyst. Avtalen faller ikke utenfor gruppefritaket

²⁰⁶ Gruppefritaket for spesialiseringsavtaler, artikkel 1(1) bokstav b.

²⁰⁷ Gruppefritaket for spesialiseringsavtaler, artikkel 1(1) bokstav c.

²⁰⁸ Gruppefritaket for spesialiseringsavtaler, artikkel 1(1) bokstav d.

²⁰⁹ Gruppefritaket for spesialiseringsavtaler, Artikkel 5 bokstav a-e.

selv om partenes samlede markedsandel er på over 20 prosent så lenge dette skjer før to kalenderår er gått. Dette gjelder kun dersom markedsandelen ikke overstiger 25 prosent. I de tilfellene der markedsandelen i det første kalenderåret ligger mellom 20 og 25 prosent og i det andre kalenderåret overskrider 25 prosent, vil gruppefritaket gjelde ut kalenderår nummer to. Stiger markedsandelen over 25 prosent, vil gruppefritaket fortsatt dekke samarbeidet i ett år frem i tid fra det tidspunktet grensen på 25 prosent ble overskredet. I alle tilfeller der den samlede markedsandelen overskrider 20 prosent, vil gruppefritaket ikke kunne bli gjort gjeldende lenger enn to kalenderår etter at markedsandelsterskelen ble overskredet.

Overstiger partenes samlede markedsandel 20 prosent, må man vurdere konkret om produksjonssamarbeidet har en konkurransebegrensende effekt i strid med konkurranseloven 10, 1. ledd.

Utgangspunktet er at kun rene produksjonsavtaler omfattes av gruppefritaket. Dette fordi slike avtaler har mindre konkurransebegrensende effekt enn avtaler som også inneholder markedsføring eller salg av produkter.²¹⁰ Avtaler som også inneholder markedsføring og salg omfattes allikevel av gruppefritaket dersom de regulerer salget mellom partene i samarbeidet, dette åpner opp for at partene kan avtale klausuler om eksklusiv kjøps- og/eller leveringsplikt.²¹¹ Begrunnelsen for at klausuler om eksklusiv kjøps- og leveringsplikter inngår i gruppefritaket for spesialiseringsavtaler, er at de skal sikre eksklusiv distribusjon. I et produksjonssamarbeid vil deltagerne konkurrere med hverandre på lik linje dersom det foreligger eksklusive kjøps- og/eller leveringsplikter som de ville gjort uten disse pliktene.²¹²

²¹⁰ Norsk konkurranserett s. 394-395.

²¹¹ Gruppefritaket for spesialiseringsavtaler, artikkel 2 (3) bokstav a.

²¹² Norsk konkurranserett s. 396.

En avtale der partene ved felles produksjon ikke selger produktene de produserer i fellesskap, men avtaler felles distribusjon av produktene, kan også inngå i gruppefritaket for spesialiseringsavtaler.²¹³ Som et eksempel på en slik situasjon nevner Kolstad:

”Der to aktører som tidligere ikke har vært konkurrenter ønsker å etablere en ny aktør, virker det fornuftig at disse som et ledd i en avtale om felles produksjon også kan avtale felles markedsføring og salg av produktet(...)”²¹⁴

Som et annet eksempel nevner Kolstad:

”der to foretak som i utgangspunktet konkurrerer, bestemmer seg for å oppgi sin egen produksjon av et produkt og foreta all produksjon av et produkt i fellesskap gjennom en avtale om felles produksjon. De to tilbyderne vil gjennom en avtale om felles produksjon opphøre å være konkurrenter. De to tilbyderne vil fra etterspørernes ståsted erstattes av en ny og større tilbyder.”²¹⁵

Gruppefritaket inneholder en svarteliste (”black list”) med avtaler som generelt er utelukket fra gruppefritakets anvendelsesområde. Denne listen består for det første av spesialiseringsavtaler hvor det fastsettes priser på produktene ved salg til tredjemann, med unntak av priser som er fastsatt der levering skjer via partenes felles distribusjon. Videre er spesialiseringsavtaler som begrenser produksjon eller salg i utgangspunktet svartelistet, men ikke bestemmelser der det fastsettes mål for salget i forbindelse med den felles distribusjonen, og heller ikke bestemmelser som avtaler kapasitet eller produksjonsmengde. Til sist svartelister gruppefritaket spesialiseringsavtaler der markedet eller kundene deles mellom partene.

Gruppefritaket for spesialiseringsavtaler kommer ikke til anvendelse på leveranseavtaler mellom konkurrenter. En ensidig distribusjonsavtale kan allikevel omfattes av

²¹³ Gruppefritaket for spesialiseringsavtaler, artikkel 2(3) b.

²¹⁴ Norsk konkurranserett s. 396.

²¹⁵ Norsk konkurranserett s. 396.

gruppefritaket for vertikale avtaler²¹⁶ i to situasjoner. Den første situasjonen er dersom kjøperen utelukkende selger varene som er omfattet av distribusjonsavtalen i konkurranse med leverandøren på neste omsetningstrinn.²¹⁷ Kolstad forklarer:

”I et slikt tilfelle er det nettopp distribusjonsavtalen som gjør det mulig for distributøren å konkurrere med leverandøren. Selv om potensialet for konkurranse mellom distributøren og leverandøren er begrenset, distributøren vil kun kunne konkurrere på margin, vil avtalen kunne sies å tilføre et element av konkurranse som ikke hadde vært der uten avtalen. Uansett vil avtalen føre til en bredere distribusjon av den aktuelle vare, noe som vil representere en gevinst for etterspørerne.”²¹⁸

Den andre situasjonen er der leverandøren yter tjenester innen flere ledd i omsetningskjeden, mens kjøperen ikke har noen konkurrerende tjenester innenfor det leddet i omsetningskjeden den aktuelle avtalen skal kjøpes fra.²¹⁹ Kolstad forklarer:

”Der tjenesteytelsen utgjør en del av et produkt distributøren yter, vil distributøren primært kontrahere med en spesialisert tjenesteyter der denne kan utføre den aktuelle tjeneste mer effektivt enn distributøren. Den potensielle konkurranse distributøren representerer er således begrenset, og en eventuell reduksjon i den potensielle konkurranse vil gjennomgående oppveies av de effektivitetsgevinster en avtale gir.”²²⁰

Felles for de tre situasjonene er at ”det horisontale forholdet mellom leverandøren og tilbyderer bare i begrenset utstrekning vil påvirke konkurransen negativt.”²²¹

²¹⁶ Kommissionens forordning nr. 330/2010 af 20. april 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis.

²¹⁷ Kommissionens forordning nr. 330/2010 af 20. april 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis, artikkel 2(4)a.

²¹⁸ Norsk konkurranserett s. 399-400.

²¹⁹ Kommissionens forordning nr. 330/2010 af 20. april 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis, artikkel 2(4)b.

²²⁰ Norsk konkurranserett s. 399.

²²¹ Norsk konkurranserett s. 399.

3.4 Tredje ledd

Dersom konkurransebegrensningen etter første ledd ikke faller inn under gruppefritaket for spesialiseringsavtaler, blir spørsmålet om vilkårene for unntak etter tredje ledd er oppfylt. Er vilkårene i konkurranseloven § 10, 3. ledd oppfylt, vil konkurransebegrensende samarbeid som nevnt likevel kunne være lovlig.

Kommisjonens retningslinjer for tolkningen av EU artikkel 81 (3)²²², nå TFEU artikkel 101 (3), gir veiledning for hvordan unntaksbestemmelsen skal anvendes, mens kommisjonens retningslinjer for horisontalt samarbeid²²³ gir veiledning om materielle kriterier og vurderinger ved produksjonssamarbeid. De to settene med retningslinjer er ikke bindende for nasjonale domstoler og konkurransemyndighetene, men er veiledende for hvordan Kommisjonen vil anvende artikkel 101.

Lovligheten av det konkurransebegrensende samarbeidet avhenger av om det genererer effektivitetsgevinster som kommer forbrukerne til gode og virker konkurransefremmende, og om effektivitetsgevinstene oppveier konkurransebegrensningene. Retningslinjene for tolkningen av EF artikkel 81 (3) forklarer det slik:

”EU's konkurrenceregler tager sigte på at værne om konkurrencen på markedet som et middel til at fremme forbrugernes velfærd og sikre en effektiv ressourceallokering. Aftaler, der begrænser konkurrencen, kan samtidig have konkurrencefremmende virkninger i form af effektivitetsgevinster(...). Effektivitetsgevinster kan skabe en merværdi ved at sænke produktionsomkostningerne, forbedre produktets kvalitet eller skabe et nyt produkt. Når en aftales konkurrencefremmende virkninger opvejer dens konkurrenceskadelige virkninger, er den ud fra en samlet vurdering fremmende for konkurrencen og forenelig med målene for EU's konkurrenceregler. Nettoeffekten af sådanne aftaler er, at de fremmer selve kernen i konkurrenceprocessen, som går ud på at vinde kunder ved at tilbyde bedre produkter eller lavere priser end konkurrenterne.”²²⁴

²²² Retningslinjene for anvendelsen av artikkel 81(3).

²²³ Retningslinjene for horisontalt samarbeid.

²²⁴ Retningslinjene for anvendelsen av artikkel 81 (3), avsnitt 33.

Konkurranseloven stiller opp fire kumulative vilkår, to positive og to negative, som må være oppfylt for at et samarbeid skal kunne unntas fra forbudet i første ledd.²²⁵ For det første må samarbeidet bidra til forbedring i produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, eller bidra til omkostningsbesparelser.²²⁶ Med andre ord må samarbeidet bidra til effektivitetsgevinster. Kommisjonen har lagt en vid tolkning av hva som kan anses som relevante fordeler til grunn i sine avgjørelser. Det er blant annet vektlagt miljøfordeler, sysselsettingshensyn og industrielle hensyn.²²⁷ Retningslinjene for horisontalt samarbeid forklarer hvordan felles produksjon kan føre til effektivitetsgevinster slik:

”Gennem fælles produktion kan virksomhederne spare omkostninger, som de ellers skulde afholde hver især. De kan også producere til lavere omkostninger, hvis samarbejdet sætter dem i stand til at øge produktionen, hvor marginalomkostningerne falder med produktionen, dvs. gennem stordriftsfordele.”²²⁸

Som et andre vilkår må forbrukerne bli sikret en ”rimelig andel av de fordeler som er oppnådd” ved samarbeidet. Noen definisjon på hva en ”rimelig andel” innebærer har ikke Kommisjonen gitt. Av retningslinjene for horisontalt samarbeid fremgår det at for å avgjøre om fordelene kommer forbrukerne til gode er graden av konkurranse en viktig faktor.²²⁹ Dette kan forklares ved at et konkurransepress setter begrensninger på partenes spillerom, partene må spare kostnader som igjen fører til lavere priser på produktene. Partene kan også måtte effektivisere produksjonen slik at produktene kan lanseres raskere på markedet. Dette sikrer en rimelig andel fordeler for forbrukerne.²³⁰

²²⁵ Retningslinjene for anvendelsen av artikkel 81 (3), avsnitt 34 jf. artikkel 38.

²²⁶ Retningslinjene for anvendelsen av artikkel 81 (3), avsnitt 34 jf. artikkel 48.

²²⁷ Whish s. 126 flg. For en mer utførlig redegjørelse av hva som anses som relevante fordeler, se retningslinjene for anvendelsen av artikkel 81 (3), kapittel 3.2.

²²⁸ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 183.

²²⁹ Retningslinjene for horisontalt samarbeid, avsnitt 185.

²³⁰ For en mer utførlig veiledning i forbindelse med dette vilkåret, se retningslinjene for anvendelsen av artikkel 81 (3), kapittel 3.4.

Tredje vilkår innebærer at det ikke må pålegges foretakene restriksjoner ut over det absolutt nødvendige for å nå målene. Konkurransbegrensningene etter første ledd må ikke gå ut over det som er nødvendig for å oppnå de relevante fordelene. Det må med andre ord være proporsjonalitet.²³¹

Som et fjerde vilkår må ikke samarbeidet føre til at foretakene får mulighet til å utelukke konkurransen for en vesentlig del av de varene det gjelder.²³²

4 Avslutning

Innholdet i avhandlingen har bestått av en vurdering av produksjonssamarbeid i forhold til forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10. Fokuset har vært på produksjonsavtalenes innhold og virkningene avtalen har på markedet.

Produksjonssamarbeid mellom konkurrenter inntar en viktig rolle i målsetningen om kostnadseffektiv produksjon. Men et samarbeid mellom konkurrenter kan komme i strid med idealet om frikonkurranse der konkurrenters uavhengige adferd medfører en allokering av ressursene på markedet.

I avhandlingen er det gjennomgått hvilke konkurranserettslige bekymringer som kan oppstå i forbindelse med produksjonssamarbeid. Gjennomgangen har vist at produksjonssamarbeid som sådan ikke uten videre rammes av konkurranseloven § 10. Hva som skal til for at produksjonssamarbeid virker begrensende på konkurransen avhenger av mange faktorer. De viktigste faktorene for vurderingen synes å være hva slags type

²³¹ Whish s. 130. For en mer utførlig redegjørelse i forbindelse med dette vilkåret, se retningslinjene for anvendelsen av artikkel 81 (3), kapittel 3.3.

²³² For en mer utførlig veiledning i forbindelse med dette vilkåret, se retningslinjene for anvendelsen av artikkel 81 (3), kapittel 3.5.

produksjonssamarbeid det er tale om, hvor mye markedspekt de samarbeidende foretakene har og hvilke konkurranseparametere samarbeidet berører.

Begrensningene kan være iboende i selve samarbeidet. Også tilknyttede begrensninger på den aktuelle eller potensielle konkurransen kan oppstå. Dessuten kan en avtale virke konkurransebegrensende på et spillover-marked.

Avhandlingen viser at der konkurrenter inngår avtaler om felles produksjon eller underleverandøravtaler, vil prisene på felles produkter fort kunne tilnærme seg hverandre. Dermed blir det lite potensial for konkurranse. I neste ledd vil dette kunne lede til en tilnærming av priser på de ferdigstilte produktene, felles kostnader eller annen gjensidig kunnskap kan fort føre til konkurransebegrensende virkninger.

Det kan påvises klare fordeler ved produksjonssamarbeid og unntaket § 10, 3. ledd kan få anvendelse på samarbeidet. Mange former for produksjonssamarbeid vil gå inn under gruppefritaket for spesialiseringsavtaler og vil derfor ikke rammes av forbudet i § 10, 1. ledd. Dessuten vil produksjonssamarbeid av bagatellmessig karakter gå fri av forbudet i § 10, 1. ledd.

Foretakene må vise varsomhet når de inngår avtaler, både når det kommer til hvilke typer avtaler de inngår og deres opptreden i samarbeidet. Spesielt må det vises hensyn når det kommer til hva slags informasjon som utveksles.

5 Litteraturliste

Litteratur:

Bellamy & Child, *Common market law of competition*, fourth edition (1993).

Evensen, Harald og Eivind Sæveraas (red.), *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, Oslo (Gyldendal) 2009.

Faull, Jonathan & Ali Nikpay, *The EC law of competition* (Oxford 1999).

Hjelmeng, Erling, *Informasjonsutveksling mellom konkurrenter og kartellforbudet i EØS-avtalen*, Bearbeidet versjon av prøveforelesning over selvvalgt emne til den juridiske doktorgrad, 25. april 2003.

Jones, Alison & Brenda Sufrin, *EC competition law – text, cases, and materials*, 2. edition (Oxford 2004).

Kolstad, Olav og Anders Ryssdal, *Norsk konkurranserett Bind I: Adferdsregler og Strukturkontroll*, Oslo (Universitetsforlaget) 2007.

Ryssdal, Anders, *Joint ventures – en konkurranserettslig analyse*, Oslo (Universitetsforlaget) 2003.

Sejersted, Fredrik mfl., *EØS – rett*, 2. utgave (Oslo 2004).

Whish, Richard, *Competition Law*, 4.utgave, Butterworths, 2001.

Whish, Richard, *EC Competition Law*, 6. utgave, Oxford (Oxford University Press) 2008.

Lovgivning:

EØS-konkurranseloven, lov av 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv.

EØS-loven, lov av 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv.

Konkurranseloven, Lov av 5. Mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger

Lisboa-traktaten, EUF-traktaten (traktaten om den europeiske unions funksjonsmåte), 2009

Forskrifter:

Forskrift om endring i forskrift om materielle konkurranseregler i EØS-avtalen, 21. februar 2011 nr. 186, kapittel V

Forarbeid:

NOU 2003:12 Ny konkurranselov

Ot.prp. nr. 6:

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Rådsforordninger:

Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser

Kommisjonsforordninger:

Kommissionens forordning nr. 330/2010 af 20. april 2010 om anvendelse af artikel 101,

stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis

Kommissionens forordning nr. 1218/2010 af 14. december 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på visse kategorier af specialiseringsaftaler

Kommissionens kunngjøringer:

XIIIth Report on Competition Policy (1983)

Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret, OJ 1997/C 372/03

Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelsen af EF-traktatens artikel 81 på horisontale samarbejdsaftaler, EFT 2001/C3/02

Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning i konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler), EFT 2001/C 368/07

Kommissionens meddelelse om retningslinjer for horisontale fusioner, OJ 2004 C 31/03

Kommissionens meddelelse om Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, 2004/C 101/08

Kommissionens meddelelse om konkurrencebegrænsninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for gennemførelsen af fusioner, OJ 2005/C 56/03

Kommissionens meddelelse om Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler, 2011/C 11/01

Diverse:

Retningslinjer fra amerikanske konkurransemyndigheter, Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines, 1992, punkt 1.5

Rettspraksis:**Avgjørelser fra EU-domstolen:**

Forenede saker 56 og 58/64, Consten og Grundig mot Kommissjonen, Sml. 1965-1968 s. 299

Sak 56/65, Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm, Sml. 1965-68 s. 282

Sak 23/67, Brasserie de Haecht mot Wilkin-Janssen, Sml. 1965-1968 s. 421

Sak 5/69, Völk mot Vervaecke, Sml. 1969 s. 69

Sak 41/69, ACF Chemiefarma mot Kommissjonen, Sml. 1970 s. 107

Forenede saker 48, 49 og 51–57/69 ICI mot Kommissjonen, Sml. 1972 s. 619

Sak 6/72, Continental Can mot Kommissjonen, Sml. 1973 s. 215

Forenede saker 40–48, 50, 54–56, 111 og 113–114/73, Suiker Unie m.fl. mot Kommissjonen, Sml. 1975 s. 1663

Sak 172/80, Züchner mot Bayerische Vereinsbank AG, Sml. 1981 s. 2021

Forenede saker 96-102, 104, 105, 108 og 110/82, I.A.Z. International Belgium, Sml. 1983 s. 3369

Sak 42/84, Remia BV and others mot Kommissjonen, Sml. 1985 s. 2545

Sak 277/87, Sandoz P. Farmaceuti mot Kommissjonen, Sml. 1990 s. I-45

Sak C- 199/92, Hüls AG mot Kommissjonen, Sml. 1999 s. I-4287

Sak C-7/95 P, John Deere Ltd mot Kommissjonen, Sml. 1998 s. I-3111

Avgjørelser fra Retten i første instans:

Forenede saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, European Night Services m.fl. mot Kommissjonen, Sml. 1998 s. II -3141

Sak T-112/99, Métropole television/M6 m.fl. mot Kommissjonen, Sml. 2001 s. II-2459

Avgjørelser fra EFTA-domstolen:

Sak E-7/01, Hegelstad mot Hydro Texaco, REC 2002 s. 310

Avgjørelser fra Jæren tingrett:

Dom 10-068972TVI-JARE, Jærkylling AS mot Nortura SA avsagt 01.02.2011

Konkurransetilsynets avgjørelser:

A2000-26, Statkraft/Vestfold Kraft og Skiensfjordens Kommunale Kraftselskap AS.

Kommisjonsbeslutninger:

Sak L 48/32, Vacuum Interrupters, EFT 1977

Sak L327/26, GEC/Weir, OJ1977

Sak L 209/15, Elopak/Metal Box-Odin, OJ 1990

Sak IP/02/792, om det irske joint venture Synergen mellom ESB og Statoil (kun pressemelding tilgjengelig)

6 Lister over tabeller og figurer m v

Se <http://www.ub.uio.no/skrive-referere/hvordan-referere/>